Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico

JUZGADO SEXTO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Barranquilla, veintisiete (27) de junio de dos mil diecinueve (2019)

Radicado	08001333300620170014200
Medio de control	Nulidad Y Restablecimiento del Derecho
Demandante	**JESUS ARCESIO CASTAÑEDA ROBLES**
Demandado	Caja de retiro de la Fuerzas Militares- CREMIL
Juez (a)	**LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ**

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, interpuesta por Jesús Arcesio Castañeda Robles contra la Caja de retiro de la Fuerzas Militares, de conformidad con los artículos 181 y 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

II.- ANTECEDENTES

2.1 DEMANDA

La parte actora pretende dentro del presente proceso se declare la nulidad del acto administrativo 2016-73212 de 4 de noviembre de 2016, expedido por la Caja de retiro de la Fuerzas Militares- CREMIL, mediante el cual se negó EL RECONCIMIENTO Y PAGO DE LA PARTIDA DE Subsidio familiar a que legalmente tiene derecho el demandante y a título de restablecimiento se ordene a la entidad demandada a reajustar la asignación de retiro con la inclusión de dicha partida, en la misma proporción en que la venía percibiendo en actividad esto es en 62, 5% , a partir del 3 de junio de 2011.

Solicita que las sumas ordenadas sean indexadas y que sobre las mismas se ordenen el pago de intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en los términos señalados en los artículos 192 y 195 del CPACA, así como el pago de gastos y costas procesales.

2.2 HECHOS

El Despacho se permite sintetizar los hechos de la demanda así:

-. El demandante prestó sus servicios como soldado profesional en el ejército nacional por el término de 20 años. Estando en servicio activo, en razón a su matrimonio le fue reconocida y pagada una partida de Subsidio Familiar que al momento del retiro correspondían al 62,5% de la asignación básica. Dicha partida era tenida en cuenta para la liquidación y pago del auxilio de cesantías.

-. Previo cumplimiento de los requisitos exigidos, mediante resolución No. 2748 de 3 de junio de 2011 se le reconoció asignación de retiro, en dicha liquidación no le fue computado la partida de Subsidio familiar, prestación que tenía reconocida en un 62,5% de la asignación básica al momento del retiro.

-. En razón a lo anterior, el actor presentó derecho de petición ante el demandado solicitando la inclusión de la partida en mención, a lo que dicha entidad dio respuesta negativa mediante el acto administrativo No 2016-72212 de 4 de noviembre de 2016.

2.3 CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El concepto de violación la parte actora, lo sustenta en los siguientes cargos:

Considera que con el desconocimiento del mandato constitucional y de normas legales que protegen la seguridad social, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares ha transgredido la Constitución Política en su preámbulo y en los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58. E igualmente desconoció lo contemplado en la ley 4 de 1992, los decretos 1793,1794 de 2000, ley 923 de 2004 y decreto 4433 de 2004.

Señala que la Caja de retiro de la Fuerzas Militares, al negarle el derecho al actor de incluirle en su asignación de retiro la partida subsidio familiar, está violando los principios fundamentales propios de un Estado Social de Derecho, como es, la protección de los derechos económicos, así como el derecho a la igualdad y a la familia. Afirma que el tratamiento desigual que se viene realizando en la liquidación de las asignaciones de retiro va afectando los derechos fundamentales, por lo tanto las normas invocadas deben ser inaplicadas, no se entiende como para los oficiales, suboficiales, agentes de policía y civiles que prestan sus servicios al ministerio de defensa se les tiene en cuenta la partida de subsidio familiar y a los soldados profesionales no.

Presenta como cargos violación la supremacía de la constitución, violación a los derechos fundamentales de igualdad, a la protección a la familia. Invoca jurisprudencia del Consejo de Estado y Corte Constitucional aplicables al caso, para sustentar la demanda.

Finalmente indica que el acto administrativo cuya nulidad se pretende contiene una falsa motivación, toda vez, que los supuesto facticos y jurídicos que sirven de fundamento a la administración en este caso, no obedecen a lo reglado en la norma legal y constitucional.

2.4 CONTESTACIÓN

La Caja de retiro de la Fuerzas Militares, no contestó la demanda en el término conferido para ello.

2.5 ACTUACION PROCESAL

La demanda fue presentada[1] el 17 de mayo de 2017, correspondió por reparto a este Despacho el conocimiento del presente proceso, siendo admitida mediante auto[2] de 28 de junio de 2017, ordenándose y realizándose las notificaciones correspondientes.

Vencido el término de traslado de la demanda, advirtiendo que no hubo contestación de la misma, se celebró audiencia inicial[3] el 17 de agosto de 2018, en la cual se ofició a la entidad demandada para que allegara el expediente administrativo y en especial certificara el porcentaje en que era percibido el Subsidio familiar durante el último año de servicio, así mismo se dispuso que considerándose innecesaria la audiencia de pruebas, una vez se allegase la prueba documental decretada, se daría traslado a las partes por tres (3) días por secretaria y una vez vencido dicho término se dispondría por auto lo concerniente a la audiencia de alegatos y juzgamiento.

En auto[4] de 13 de noviembre de 2014 se le requirió por última vez a la Caja de retiro de la Fuerzas Militares, con el fin de que allegara la prueba decretada so pena de ser sancionados, siendo entonces remitida[5] el 26 de noviembre de 2018, dándosele traslado[6] de la misma en enero 29 de 2019, por lo que el 19 de marzo de la misma anualidad por proveído[7] se declaró precluido el período probatorio y se ordenó la presentación de alegatos por escrito.

2.6 ALEGACIONES

En sus alegaciones el apoderado del actor, manifiesta que reitera los planteamientos expuestos en la demanda y presenta como sustento varias providencias del Consejo de

---

[1] Folio 36 del expediente
[2] Folio 39 a 41 del expediente
[3] Acta 112 de 201, Folio 59 a 61 del expediente
[4] Folio 76 del expediente
[5] Folio del 90 al 93 del expediente
[6] Folio 95 del expediente
[7] Folio 97 del expediente

Estado en la cuales se señalaron que el subsidio familiar tiene como finalidad contribuir con el sostenimiento de las personas que se encuentran a cargo del trabajador y resulta violatorio del derecho a la igualdad que tal beneficio prestacional no se incluya en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales y si, en la de los oficiales y suboficiales. Por lo tanto, es acertado inaplicar –por inconstitucional el artículo 13 de decreto 4433 de 2004, máxime si el artículo 5 ibídem genera la posibilidad que se tenga en cuenta el Subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro.

Por su parte el apoderado de la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares –CREMIL, indica que, la solicitud de inclusión del Subsidio familiar carece de fundamento jurídico, toda vez que el legislador no la contempló para tales efectos y la entidad demandada debe regirse por la normatividad vigente sin omitir los preceptos legales y sin darle un alcance diferente a lo establecido y en la norma, pues el Subsidio familiar no hace parte de la partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro.

2.6.1 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora judicial delegada para este despacho no rindió concepto alguno.

III.- CONTROL DE LEGALIDAD

No advirtiéndose ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar la sentencia correspondiente.

IV.- CONSIDERACIONES

4.1 EXCEPCIONES O CUESTIONES PREVIAS

La Caja de retiro de la Fuerzas Militares – CREMIL no propuso excepciones.

4.2 PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico se contrae en determinar si el señor Jesús Arcesio Castañeda Robles, tiene derecho a recibir como partida computable en su asignación de retiro, el subsidio familiar recibido al momento de estar activo en el servicio militar, por lo cual se analiza si es procedente inaplicar parcialmente el artículo 13 del decreto 4433 de 2004, por ser contrario a normas constitucionales y en consecuencia declarar la nulidad del acto administrativo demandando por ser expedido con falsa motivación.

4.3 TESIS

Para este Despacho, en sentencias anteriores era procedente inaplicar parcialmente el artículo 13 del decreto 4433 de 2004, por ser viotalotorio del principio constitucional de igualdad, sin embargo, en virtud de la Sentencia de Unificación SUJ-015-CE-52-2019 proferida por el Consejo de Estado frente al tema, esta Agencia Judicial cambia de postura considerando que el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de la asignación de retiro, para quienes causaron su derecho con anterioridad al mes de julio de 2014, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.

4.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El Decreto 4433 de 2004 en su artículo 13 estableció las partidas computables que se deben tener en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro, el cual contempla:

> "***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.*
> *13.1.3 Prima de antigüedad.*
> *13.1.4 Prima de estado mayor.*
> *13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6o 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:***
> *13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1o del Decreto-ley 1794 de 2000.*
> *13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.*
>
> ***Parágrafo:*** *- En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y*

compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

El consejo de Estados frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable, en varias sentencias había sostenido que el no incluirse en el precitado artículo constituía un trato diferenciado sin justificación razonable que redundaba en una flagrante violación del principio de igualdad[8]. Lo anterior con fundamento en lo estipulado en el inciso 2° del artículo 13 de la Constitución Política, el cual señala que "*El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados*", así como lo consagrado en el artículo 53 ibídem, que dispone que, en materia laboral, el Congreso de la República debe legislar con observancia de los principios mínimos fundamentales, como el de igualdad de oportunidades para los trabajadores[9].

Sin embargo, dicho precedente jurisprudencial ha cambiado debido a la expedición de Sentencia de Unificación SUJ-015-CE-52-2019 frente al tema, la cual es de obligatorio aplicación para esta judicatura, toda vez que las reglas de unificación contenidas en dicha sentencia deben aplicarse de manera retroactiva a todos los casos pendientes de discusión tanto en vía administrativa como en vía judicial. A saber:

Subsidio familiar como partida Computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales[10]

> "*Es importante señalar que, en términos de la Corte Constitucional[11], el subsidio familiar se puede definir como «una prestación social legal de carácter laboral[12] y, desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone. De tal manera que ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo Familiar"*

Obsérvese la evolución normativa del subsidio familiar realizada por el Consejo de Estado en la citada sentencia, en razón al principio de progresividad, para establecer así su aplicación:

---

[8] Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández, Bogotá D. C., Sentencia 27 de octubre de 2016, Radicación número: 25000-23-42-000-2013-00143-01(3663-14)

[9] Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández, Bogotá D. C., Sentencia 27 de octubre de 2016, Radicación número: 25000-23-42-000-2013-00143-01(3663-14)

[10] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Sentencia SUJ-015-CE-52-2019, veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019)

[11] corte Constitucional, sentencia C-508 de 1997.

[12] En la providencia en mención, se citó: <(La Corte Suprema de Justicia, ha establecido que las *prestaciones* sociales son todo aquello que debe el empleador al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas, pactos colectivos, contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo, fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del empleador, para cubrir riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma. Sobre el particular ver las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral del 9 de septiembre de 1982, 18 de julio de 1985 y 12 de febrero de 1993

"La Ley 21 de 1982[13] concibió el subsidio familiar como una prestación social que tendría la finalidad de aliviar las cargas del sostenimiento de la familia, pagadera en dinero, especie y servicios para aquellos trabajadores de medianos y menores ingresos, su pago sería proporcional al número de personas a cargo y su finalidad (artículo 1), pero no constituiría salario ni se tendría como factor del mismo para ningún efecto (artículo 2) ...En su artículo 13 precisó que el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, entre otras entidades, continuarían pagando el subsidio familiar de acuerdo con las normas especiales que las regían. Así, para las Fuerzas Militares, el Decreto 1211 de 1990 reguló el derecho para los oficiales y suboficiales, en los artículos 79 y siguientes, y para los soldados solo se concibió hasta la expedición del Decreto 1794 de 2000, que les confirió a los soldados que se incorporaran como profesionales, la posibilidad de devengarlo durante el servicio.

Más adelante y en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4 de 1992, el presidente de la República expidió el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009 por medio del cual se derogó la anterior disposición, dejando a salvo el subsidio familiar para quienes la venían recibiendo. Es de anotar que el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009 fue declarado nulo por la sección Segunda, Subsección B, en providencia del 8 de junio de 2017[14], con lo cual revivió el artículo 11 del Decreto 1194 de 2000 que consagraba el derecho al subsidio familiar para los soldados profesionales casados o en unión libre.

Ahora bien, el presidente de la República expidió el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014[15], por medio del cual creó nuevamente el subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales, a partir del 1 de julio de 2014, e incluyó con su artículo 5 el subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro y la pensión de invalidez, en valor del 70% de lo que se devengue por dicho concepto en servicio activo.

Las normas en comento llevan a concluir que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, para incluir el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales, de manera que, a partir de la entrada en vigencia de los Decretes 1161 y 1162 de 2014, las partidas computables son las Siguientes:

- *Salario mensual: en los términos del artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, esto es,*

- *Prima de antigüedad: en porcentaje del 38.5%, según lo previsto por el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.*

El Subsidio familiar en porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud, de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida

Es de anotar que si bien con ocasión del Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, fue tan solo hasta la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 que tal partida se consagró como computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues con anterioridad a dicha fecha no existía disposición legal que así la contemplara.

En conclusión los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000141 y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida".

Así mismo, es menester referirse a la valoración realizada por el Consejo de Estado respecto a los principios de igualdad y progresividad, que concurren en el presente asunto,

---

[13] Por la cual se modifica el régimen del Subsidio familiar y se dictan otras disposiciones

[14] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de junio de 2017, radicación: 11001032500020100006500(0686-2010), actor: Fundación Colombiana Sentimiento Patrio de los soldados e infantes de Marina Profesionales «SEDESOL

15 «Por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones

la cual determinó la posición actual de dicha Corporación en la sentencia SUJ-015-CE-52-2019, frente al tema:

> *"No obstante, es necesario verificar dicha hipótesis, para lo cual se acude al test de igualdad, que precisa que se siga el siguiente orden descrito en la sentencia C-015 de 2014 mencionado previamente. Para lo cual, la Sala determinará si los soldados profesionales se encuentran en un plano de igualdad fáctica frente a los oficiales y suboficiales, dado que la providencia del 17 de octubre 2013, consideró suficiente el hecho de que tanto soldados profesionales como oficiales y suboficiales fueran miembros de las fuerzas militares para ubicarlos en un plano de igualdad fáctica.*
>
> *Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime[16] que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales.*
>
> *A lo anterior se agrega, que el de la igualdad no es el único principio que debe atenderse para la interpretación de la disposición objeto de análisis, pues es claro que existía una situación previa en la que los soldados profesionales no tenían el mismo grado de protección del derecho a la seguridad social de los oficiales y suboficiales, pues fue solo hasta la expedición del Decreto 4433 de 2004 que se consagró la asignación de retiro, con lo cual se observó un avance en materia de garantías para los soldados profesionales.*
>
> *De acuerdo con lo expuesto en precedencia, el hecho de consagrar una asignación de retiro para un sector de las fuerzas militares que antes no lo tenía, es una expresión del principio de progresividad, lo cual, admite que se implemente con cierta gradualidad, hacia la plena realización de los derechos en el diseño y ejecución de políticas públicas en materia del derecho a la seguridad social. Visto así, se trata de una medida positiva encaminada a lograr la igualdad en la protección de todos los miembros de las fuerzas militares durante el retiro, aspecto para el cual se deben tener en cuenta factores tales como los recursos de los que se disponga, de manera que se asegure la viabilidad de las decisiones que se adopten en tal sentido, ello permite entender que más adelante, se amplió el radio de esta garantía con los Decretos 1161 y 1162 de 2014, que incluyeron expresamente este emolumento, como partida computable en la liquidación de la prestación bajo estudio.*
>
> *Una vez definido que no se vulnera el derecho a la igualdad de los soldados profesionales frente a los oficiales y suboficiales, frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, surge un interrogante de similares connotaciones, entre aquellos soldados profesionales que adquirieron la asignación de retiro con antelación a la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, frente a quienes consolidan su derecho con posterioridad a ellos, lo que implica la inclusión del emolumento bajo estudio.*
>
> *Tal situación, supone la confrontación de las situaciones ambos grupos de personal, que ameritan un nuevo análisis del derecho a la igualdad, bajo el mismo esquema planteado anteriormente, test de igualdad, así:*
>
> *i) Patrón de igualdad: En el escenario planteado se evidencia con facilidad que se trata de sujetos de la misma naturaleza, sin que dicha condición se vea modificada por la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014. ii)Trato desigual entre iguales: De igual manera, se puede afirmar, sin hesitación alguna, que con la expedición de los mencionados Decretos 1161 y 1162 de 2014 se imparte un trato diferenciado frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues a quienes adquirieron el derecho previamente, según se definió en líneas anteriores, no les asiste derecho a su cómputo iii) La diferencia de trato está constitucionalmente justificada: En este punto, es igualmente relevante remitirse al ámbito de aplicación del principio de progresividad, el cual admite la adopción de medidas que amplíen el catálogo de derechos, se presente de manera gradual. Así las cosas, el hecho de que el derecho a la asignación de retiro no abarque desde su nacimiento a la vida jurídica absolutamente todas las partidas que se espera que lleguen a conformarla, no vulnera por sí mismo el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que es constitucionalmente admisible*

[16]T-530 de 2002, T-1 19 de 2001, T-540 de 2000. T-1 17 de 2003, C-1 110.de 2001

que el derecho se amplíe de manera escalonada, lo que de suyo implica que los sujetos que logren consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones.

De esta manera, se observa que existe una razón suficiente para un trato jurídico desigual dada por el principio de la progresividad[17] *a lo que se agrega el principio formal de la libertad de configuración del legislador o en este caso el ejecutivo para regular la materia, tal y como antes se analizó, de manera que el trato en el plano jurídico de la asignación de retiro que se otorga a los soldados profesionales antes de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 no resulta arbitrario ni injustificado.*

En conclusión: Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.

De lo expuesto es claro establecer que el subsidio familiar es una partida o emolumento que ha sido creado para ayuda del sostenimiento familiar y su exclusión de la asignación de retiro para los soldados profesionales no es constitutivo de violación del principio de igualdad en la medida que la Constitución Política permite una diferenciación en algunas circunstancias y en tanto, que dicho principio en el presente caso no puede verse aislado sino en concurrencia con el principio de progresividad, observándose que este último ha sido aplicado al derecho de subsidio familiar de los soldados profesionales como vimos en la evolución normativa de dicho derecho, logrando la inclusión de dicha partida en la asignación de retiro de los soldados profesionales a partir de junio de 2014, de conformidad con los decretos 1161 y 1162 de 2014.

Es por ello que el Consejo de Estado dispuso que dicha partida solo debe ser reconocida en virtud de dichos decretos, y no es aplicable a los soldados cuyo retiro se efectuó antes de su promulgación.

5 CASO CONCRETO

La parte actora en el presente proceso, solicita la nulidad del acto administrativo 2016-73212 de 4 de noviembre de 2016, por ser violatorios de principios constitucionales pretendiendo la inclusión del subsidio devengado en servicio activo, como partida computable en la asignación de retiro del soldado profesional

-Hechos Probados

-. El señor Jesús Arcesio Castañeda Robes prestó sus servicios como soldado desde 31 de diciembre de 1999 hasta el 31 de mayo de 2011 de conformidad con la liquidación de

[17] R. Alexy destaca «El principio de igualdad de hecho es, por lo tanto, una razón suficiente para un derecho subjetivo definitivo a un trato jurídico desigual que sirve para la creación de la igualdad de hecho, sólo si desplaza a todos los otros principios contrapuestos que estén en juego.»- Teoría de los Derechos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da edición, Madrid 2017, p. 373.

servicio No. 3-18925099 de 28 de febrero de 2011 expedido por la dirección de prestación social del Ejército Nacional (folio 6).

-. Al demandante se le reconoció y pagó la asignación de retiro a partir de 1 de junio de 2011, tomando como partidas computables el 70% del salario básico, adicionado con 38.5% de la prima de antigüedad en virtud de los decretos 33 de 2011 y 1794 de 2000, tal como se observa en la Resolución 2748 de 3 de junio de 2011 (folio 7)

-. El actor, cuando estaba en servicio activo se le reconoció el 4% del salario básico más el 100% de la prima de antigüedad como subsidio familiar en razón del artículo 121 de decreto 1794 de 200 desde el 30 de marzo 2009 con novedad fiscal a fecha de 19 de enero de 2009, como se establece en oficio radicado 20183112250721 de 19 de noviembre de 2018 (folio 90-94).

Análisis Crítico de las Pruebas Frente al Marco Jurídico

Con fundamento en las normas y jurisprudencia previamente expuestas, el Despacho advierte que al momento de retiro del servicio del señor Jesús Arcesio Castañeda Robles esto es 31 de mayo de 2011, el Decreto 4433 de 2004 en su artículo 13 señalaba que las partidas computables para la asignación de retiro era las allí contenidas, es decir, salario básico y prima de antigüedad, siendo el subsidio familiar un auxilio recibido en actividad en razón a la conformación de una familia.

En sentencias anteriores en sede de tutela y sede jurisdiccional, se estaba inaplicando parcialmente el citado artículo, en razón a que los operadores judiciales consideraban que si los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares recibían dicha partida en la asignación de retiro, los soldados profesionales también deberían recibirla en razón al principio de igualdad. Por lo cual, en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad ordenaban la inclusión de dicha partida.

No obstante, el máximo tribunal de esta jurisdicción ha unificado jurisprudencia sobre el tema, cambiando el precedente para los operadores que inaplicaban parcialmente dicho artículo, señalando, que se ha dado aplicación al principio de progresividad en los Decretos 1161 y 1162 de 2014 incluyendo el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, por lo tanto para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con posteridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar es partida computable para la liquidación de esa prestación, no siendo así para aquellos que causaron el derecho con anterioridad a esta fecha, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.

En consecuencia, para esta agencia judicial no resulta procedente declarar la nulidad del acto administrativo demandado, toda vez que se encuentra fundamentado en normas legales y vigentes, así como tampoco ordenar la inclusión del subsidios familiar como partida computable en la asignación del retiro del señor Jesús Arcesio Castañeda Robles, si se tiene en cuenta que su retiro se originó el 31 de mayo de 2011, es decir antes de la expedición de los decretos 1161 y 1162 de 2014.

Así la cosas se denegaran las suplicas de la demanda.

6 COSTAS

Este Despacho se abstendrá de condenar en costas, a la parte vencida por cuanto no asumió en el proceso una conducta que la hiciera merecedora a esa sanción, tales como, temeridad, irracionalidad absoluta de su pretensión, dilación sistemática del trámite o en deslealtad.

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

V.- FALLA

PRIMERO: DENIEGUESE las súplicas de la demanda, por las razones expuesta en la parte considerativa de la presente providencia

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: NOTIFÍQUESE personalmente el presente fallo al señor Procurador Delegado ante este Despacho

CUARTO: Ejecutoriada esta sentencia ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ
Jueza

P/KS