



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. N 2016-00013

Tunja, Diecisiete (17) de Noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Referencia	:	150013333015-2016-00013-00
Medio de Control	:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	:	HECTOR ARMANDO CASTILLO
Demandado	:	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL

De conformidad con lo previsto en los artículos 181 y 187 del C.P.A.C.A. y habiéndose agotado en debida forma las etapas procesales precedentes, decide el Despacho en primera instancia sobre el medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, referenciado.

I. ANTECEDENTES

1-. Objeto de la Acción

Por intermedio de apoderado legalmente constituido, acude a esta Jurisdicción el señor HECTOR ARMANDO CASTILLO, en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL, para que previos los trámites del proceso ordinario, se decidan en forma favorable las siguientes pretensiones:

“1. Que se declare la nulidad del Acto Administrativo No. OFI 16-581 MDNSGDAGPSAP del 7 de enero de 2016, expedido NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, mediante el cual le negó el reconocimiento y pago de la partida de Subsidio Familiar a que legalmente tiene derecho mi poderdante.

2. Que a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL reajustar la asignación de retiro de mi poderdante con la inclusión de la partida de Subsidio Familiar en la misma proporción que venía percibiendo en actividad, esto es el 62,5%, a partir del 11 de agosto de 2008.

3. Ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre el reajuste solicitado y las sumas



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

*Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. N 2016-00013*

canceladas por concepto de asignación de retiro hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado.

4. Ordenar el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento dejados de pagar desde el mismo instante en el que se generó el derecho de la asignación de retiro, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en los artículos 192 y 195 CPACA (Sentencia C-188/99, expediente 2191 del 24 de marzo de 1999)

5. Ordenar a la entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en derecho.

6. Ordenar a la entidad demandada el cumplimiento a la sentencia que ponga fin a la presente acción en la forma y términos señalados en los artículos 192 y 195 del CPACA”

2. Fundamentos Fácticos:

Como sustento de las pretensiones el apoderado de la parte actora narra, los hechos que enseguida se resumen:

- ❖ El demandante prestó sus servicios profesionales al Ejército Nacional como soldado profesional y en razón de su matrimonio le fue reconocida y pagada una partida de Subsidio Familiar que al momento del retiro correspondía al 62,5% de la asignación básica.
- ❖ La partida del Subsidio familiar que percibió el demandante le fue reconocida, liquidada y pagada en la liquidación del auxilio de cesantías.
- ❖ A través de la resolución No. 2061 del 11 de agosto de 2008, la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL EJERCITO NACIONAL reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual de invalidez, de conformidad con el expediente MDN No. 1995 de 2008 atendiendo a la junta médica laboral No. 21785 que determinó la incapacidad laboral en un 92.75% por lesión ocurrida en el servicio.



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

*Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. N 2016-00013*

- ❖ En la liquidación de la pensión de invalidez del demandante no se contempló la partida de subsidio familiar.
- ❖ Es así que mediante Solicitud No. EXT15-127527 del 3 de diciembre de 2015 el demandante le solicitó a la Nación - Ministerio de Defensa la inclusión de la partida de subsidio familiar en la liquidación de su pensión de invalidez.
- ❖ Mediante el acto administrativo No. OFI16-581 MDNSGDAGPSAP del 7 de enero de 2016 la entidad demandada dio respuesta negativa a la solicitud elevada por el accionante.

3. Normas violadas y concepto de violación

El libelista señala que la decisión de no incluir el subsidio familiar en la asignación de retiro del demandante, resulta violatoria de los principios propios del Estado Social y Constitucional de Derecho, al tiempo que desconoce la igualdad, la protección de la familia y garantías que aduce, encuentran sustento en los artículos 13 y 42 del ordenamiento superior.

Según su dicho, aun cuando los artículos 16 y 13 del Decreto 4433 de 2004, no consagran la inclusión del factor reclamado como partida computable para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, como es el caso del demandante, no puede pasarse por alto que la aplicación de tal derecho si se prevé para los demás miembros de la Fuerza Pública, por lo que en su sentir, se evidencia un trato discriminatorio que en modo alguno se acompasa con los preceptos constitucionales invocados y que por el contrario atenta contra los principios de igualdad, equidad, universalidad y solidaridad consagrados en la Ley 923 de 2004, mediante la cual se fijaron los criterios que habría de tener en cuenta el ejecutivo para la fijación del régimen prestacional bajo estudio.

En el mismo sentido, afirma que el subsidio familiar fue previsto como una prestación orientada a satisfacer las necesidades de los servidores con menores recursos, de tal suerte que no entiende los motivos por los cuales ahora se establece su reconocimiento como partida computable únicamente para liquidar la asignación de retiro de los funcionarios ubicados en los mayores niveles, excluyendo a los soldados profesionales, quienes se encuentran en la base piramidal de las fuerzas militares.



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

*Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. N 2016-00013*

Por consiguiente, considera que aun cuando las normas que rigen la materia no contemplan el beneficio pretendido, lo cierto es que deben inaplicarse en el caso concreto, por resultar contrarias a las disposiciones de la carta, que en todo caso deben prevalecer sobre cualquier otra norma, tal como lo establece el Preámbulo, en concordancia con las previsiones contenidas en los artículos 1, 2, 3, 4 y 95 ibídem, así como en los artículos 9 y 10 de la Ley 153 de 1887.

Bajo este panorama, aduce que el acto acusado se encuentra viciado de nulidad por falsa motivación, bajo el entendido que la administración interpretó erróneamente las disposiciones aplicables al caso objeto de examen.

Finalmente, expresa que en el evento de operar la prescripción, dicho fenómeno debe atender al término cuatrienal establecido el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990, toda vez que, en su sentir, el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, que consagra un término de tres años, no resulta aplicable en el presente caso debido a que según lo ha señalado el H. Consejo de Estado, con tal disposición el ejecutivo excedió las facultades consagradas en la Ley 923 del mismo año que pretendía reglamentar.

4. Contestación de la demanda. (fls. 64 a 71)

Dentro del término legal otorgado, la parte demandada allegó escrito de contestación de la demanda el día 13 de junio de 2016, en el que la apoderada de la demandada inicia su argumentación indicando que de acuerdo con el principio de supremacía de la constitución, y el principio de legalidad, las actuaciones de la administración pública deberán estar en concordancia con los mismos, y en consecuencia no pueden proferirse decisiones que no estén previamente autorizadas por el ordenamiento, ni mucho menos alejarse de las mismas.

Posteriormente, hace referencia al concepto legal de subsidio familiar, reseñando que se trata de una prestación o partida que tiene la finalidad de ayudar a la cabeza del núcleo de familia al sostenimiento de las personas que se encierran a su cargo, como quiera que cuenta con bajos ingresos. Agrega que dicho subsidio se encontraba reconocido para los soldados profesionales activos en el artículo 11 del Decreto Ley 794 del 2000.



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

*Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. N 2016-00013*

Por otra parte, señala que el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública está sometido a lo preceptuado en el artículo 150 de la Constitución, en el que se estatuye que le compete al Congreso de la República fijar dicho régimen a los miembros de la Fuerza Pública, es así en que ejercicio de ésta facultad le Ley 4 de 1992 se facultó al gobierno para la expedición de dicha normatividad, el cual a través del Decreto Ley 333 de 1992 expidió las normas relacionadas con dicho régimen, específicamente el Decreto 335 de 1992.

Finalmente, considera que no se consolida el derecho solicitado por el demandado como quiera que el Decreto 4433 de 2004 contempló que el beneficio del subsidio familiar se continuaría devengando hasta el retiro del servicio como quiera que a la fecha de vigencia del Decreto 1794 del 2000, ya tenían adquirido un derecho que contaba con respaldo legal al momento de su reconocimiento.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 24 de enero de 2016 (fl. 45 a 46), se le notificó personalmente al demandado el día 14 de marzo de 2016 (fl. 55). En auto de fecha 5 de julio de 2016 se fijó fecha para audiencia inicial (fl. 93); la audiencia inicial se desarrolló el día 17 de agosto de 2016 (fl. 101 a 108). Posteriormente en audiencia de pruebas adelantada el 10 de octubre de 2016 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para presentar los alegatos de conclusión de forma escrita (fl. 141 a 142).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez revisado el expediente, se observa que ninguna de las partes, ni el Ministerio Público hicieron uso de ésta facultad.

III. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO. ¹

El presente asunto se contrae a examinar si como lo indica la parte actora, resulta procedente incluir el subsidio familiar como partida

¹ Problema planteado en la fijación Litigio- audiencia inicial de agosto 17 de 2016



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

*Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. N 2016-00013*

computable para liquidar la pensión de invalidez del demandante, inaplicando por vía de la excepción de inconstitucionalidad los artículos 13 y 30 del Decreto 4433 de 2004, por resultar violatorios del derecho a la igualdad, el mínimo vital y la protección de la familia, al no incluir dicho factor para el caso de los soldados profesionales; o si por el contrario, como lo expuso la entidad demandada, debe acatarse lo previsto en tales disposiciones, como quiera que no puede predicarse el desconocimiento de la referida garantía constitucional, en la medida que el legislador estableció un tratamiento para los servidores dependiendo de su categoría, señalando que para el caso de los soldados profesionales no sería procedente la inclusión del concepto pretendido, por cuanto no se encuentra referido dentro del decreto citado.

Para resolver el problema jurídico planteado el despacho se pronunciará sobre los siguientes ítems. i) Marco jurídico aplicable, ii) Caso en concreto, iii) De las condenas iv) Costas

i) MARCO JURÍDICO APLICABLE

El artículo 1º de la Ley 21 de 1982, define el subsidio familiar como una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores tanto de medianos como de menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo. Su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.

En consecuencia, tal como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-508 de 1997, puede decirse que este amparo busca 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 orientado a lograr la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar a partir de la redistribución del ingreso con destino a quienes cuentan con menores recursos, de tal suerte que se trata de un emolumento que cumple una función social.

Para el caso de los soldados profesionales, quienes valga señalar cuentan con un régimen prestacional especial en virtud de lo establecido en el artículo 217 de la



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

*Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. N 2016-00013*

Constitución Política, el subsidio familiar fue consagrado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, hoy derogado, donde se indicó que a partir de su vigencia, tales servidores tendrían derecho al reconocimiento mensual del beneficio siempre que acreditaran estar casados o que contaran con unión marital de hecho vigente, como ocurrió en el caso del demandante, quien según la hoja de servicios vista a folio 31 del expediente, devengaba dicho factor al momento del retiro del servicio.

Posteriormente, se expidió la Ley 923 de 2004, donde se definieron las normas, objetivos y criterios que debía observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, incluidos los soldados profesionales.

En esta nueva normativa, se señaló que el derecho para acceder a la pensión debía fijarse teniendo en cuenta exclusivamente el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado, atendiendo, entre otros, a los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad, sin que en el caso de los soldados profesionales su valor pudiese resultar inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En desarrollo de este precepto, el ejecutivo expidió el Decreto 4433 de 2004, en cuyo artículo 30 se establece que los soldados profesionales a quienes se les determine una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 75% siempre que ocurra servicio activo, serán acreedores del derecho a que el Tesoro Público siempre que persista la incapacidad a que se les pague una pensión mensual, reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional y liquidada de conformidad con los porcentajes mencionados el mismo decreto.

Ahora bien, el artículo 13 *ibídem* define las partidas computables para liquidar el derecho, señalando que para el caso de los soldados profesionales debe tenerse en cuenta el salario mensual contemplado en el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 y la prima de antigüedad en los porcentajes respectivos, dejando por fuera el subsidio familiar, que por el contrario, conforme lo establece la misma norma, fue incluido como factor base de liquidación para las asignaciones de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

*Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. N 2016-00013*

En esta medida, se advierte la existencia de un trato diferenciado al interior del régimen especial de las fuerzas militares, pues mientras los oficiales y suboficiales tienen derecho a que se les incluya el subsidio familiar como partida computable para la liquidación de su asignación de retiro o pensión de invalidez, no ocurre lo mismo con respecto a los soldados profesionales, quienes no cuentan con dicha prerrogativa.

Por consiguiente, se torna necesario examinar si esta diferencia encuentra o no una justificación razonable a la luz del derecho a la igualdad, para lo cual ha de tenerse en cuenta el siguiente análisis:

El artículo 13 de la Constitución Política, establece el derecho a la igualdad ante la ley y prohíbe la discriminación por parte de las autoridades públicas por cualquier causa, señalando que el Estado debe promover las condiciones para la efectividad de dicha garantía en favor de grupos discriminados o marginados.

Con base en este contenido normativo, la Corte Constitucional, en diversas providencias, entre ellas las sentencias C-250 de 2012 y C-313 de 2013, ha señalado que en torno al alcance del principio de igualdad, se desprenden cuatro reglas jurídicas, a saber: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes.

En criterio del despacho, estos planteamientos permiten una aplicación gradual del derecho a la igualdad, de acuerdo con las características propias de cada caso, de tal suerte que no siempre que existan diferencias, el trato debe ser desigual, y no siempre que existan situaciones equivalentes debe otorgarse un mismo tratamiento, pues en uno u otro caso deberán consultarse los puntos comunes o disímiles intermedios para adoptar la decisión que mejor se acomode con el ordenamiento superior.

Ahora bien, para efectos de establecer si una determinada norma vulnera este principio, la Corte en la actualidad viene aplicando el método denominado test



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

*Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. N 2016-00013*

integrado de igualdad, donde se conjugan elementos propios del modelo europeo que se basa en el principio de proporcionalidad para analizar la legitimidad del trato diferenciado, con características del paradigma norteamericano, en el que el análisis se aborda a partir de tres niveles o grados de evaluación, uno riguroso, uno leve y otro intermedio, dependiendo de la naturaleza del tema objeto de estudio y la amplitud en la competencia del legislador para regularlo, tal como se expuso en sentencia C-093 de 2001.

Según lo señaló la Alta Corporación en sentencias C-015 de 2014 y C-592 de 2014 el juicio integrado de igualdad tiene tres etapas de análisis, a saber: en primer lugar, se debe establecer el criterio de comparación, es decir, debe precisarse si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; en segundo lugar, debe definirse si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales y, finalmente, se debe averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente a la luz de las normas constitucionales.

Para determinar la legitimidad constitucional del trato diferenciado, con base en la metodología propuesta, el operador judicial puede acudir a tres grados de análisis, según la naturaleza del asunto y la competencia del legislador para regularlo, así:

Según la Corte, al ejercer el control de constitucionalidad de una norma jurídica, por regla general debe aplicarse el test leve, el cual ha sido utilizado, por ejemplo, para definir materias económicas, tributarias o de política internacional.

Por el contrario, la Alta Corporación ha dicho que es indispensable acudir a un test estricto de igualdad en los siguientes casos: (i) cuando la norma utiliza un criterio de diferenciación que a primera vista afecta de manera grave el goce de derechos fundamentales; (ii) cuando sin causa aparente, crea privilegios para un sector exclusivo de la población; (iii) cuando recae en personas tradicionalmente egregadas, marginadas o en situación de debilidad manifiesta y, (iv) cuando establece un patrón que obedezca a los cánones expresamente prohibidos por la Constitución, esto es, define un tratamiento distinto por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión u opinión política o religiosa.



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

*Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. N 2016-00013*

Finalmente, el alto Tribunal ha acudido al test intermedio cuando la medida distintiva puede comprometer el goce de derechos que no tienen carácter fundamental.

Con base en los criterios reseñados en precedencia, procede el despacho a examinar si en el presente caso, los artículos 13 y 30 del Decreto 4433 de 2004, que para este caso conforman una unidad normativa, resultan violatorios del derecho a la igualdad al establecer un trato diferente entre los soldados profesionales, a quienes no se les incluye el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro y la pensión de invalidez, y los demás miembros de las fuerzas militares, quienes por el contrario si tienen derecho a la inclusión de dicho beneficio.

Lo primero que ha de señalarse es que las normas establecen un trato diferente entre dos grupos de uniformados que pertenecen a un mismo régimen prestacional, cual es el establecido para los miembros de las fuerzas militares, quienes comparten el privilegio de pertenecer a un cuerpo normativo especial, por mandato expreso del artículo 217 de la Constitución Política, dada la naturaleza de las labores que desarrollan.

De esta manera, puede decirse que dichas preceptivas contemplan un tratamiento diferencial que se aplica a dos grupos de sujetos que si bien no son idénticos, convergen en un punto común, relacionado con el hecho de pertenecer a un mismo régimen prestacional, lo que supone, en principio, una misma situación de hecho, que habilita el estudio de igualdad, por existir un criterio de comparación, a partir del cual debe establecerse la validez de un tratamiento distinto para unos y otros servidores que se gobiernan por las mismas normas especiales.

En este sentido se ha pronunciado la propia Corte Constitucional, específicamente en las sentencias C-888 y C-980 de 2002, donde se precisó que un tratamiento diferencial establecido al interior del régimen prestacional de las fuerzas militares para sus distintos destinatarios es comparable y, por tanto, susceptible de ser sometido a un juicio constitucional de igualdad.

Establecida entonces la existencia de un criterio de comparación, se torna necesario precisar que en el sub examine resulta procedente aplicar el juicio de igualdad intermedio, pues no es posible acudir al método estricto, en la medida que el trato diferenciado invocado no tiene su fundamento en ninguna de las circunstancias



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

*Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. N 2016-00013*

contempladas en el artículo 13 superior, así como tampoco afecta un sector de la población tradicionalmente segregado o que se encuentre en situación de vulnerabilidad manifiesta y no se evidencia a primera vista la afectación grave de un derecho fundamental, o que se haya creado, sin causa aparente un privilegio para un sector exclusivo de la población, toda vez que si bien establece una situación más favorable para los oficiales y suboficiales al permitirles la inclusión del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro, lo cierto es que tal decisión podría obedecer a las diferencias que existen entre dichos uniformados y los soldados profesionales, existiendo una posible justificación aparente, cuya legitimidad solo podrá establecerse luego de abordar el análisis de igualdad.

De otro lado, en el caso concreto no es procedente acudir al juicio de igualdad leve en la medida que se anteponen circunstancias que ameritan el aumento en la severidad del análisis, pues además de encontrarse en discusión la posible afectación del derecho pensional de los soldados profesionales, el Decreto 4433 de 2004, que establece el trato diferenciado bajo análisis fue proferido por el ejecutivo, lo que por contera implica que la norma carece de la naturaleza plural y deliberatoria propia del quehacer legislativo, conllevando a que deba realizarse un análisis de rigurosidad intermedia tal como lo señaló la Corte Constitucional en sentencia 980 de 2002, de modo que, atendiendo a los parámetros fijados por la misma Corporación, por ejemplo, en la sentencia antes citada y en la C-253 de 2012, deben abordarse tres pasos analíticos a saber: en primer lugar se debe establecer si el fin buscado por la norma acusada es, por lo menos, importante constitucionalmente, sea porque promueve intereses públicos valorados por la Constitución o por la magnitud del problema que el legislador busca resolver; en segundo lugar se debe determinar, si el medio elegido no está prohibido y en tercer lugar, resulta imperioso identificar si el medio escogido es efectivamente conducente para alcanzar el fin propuesto.

Entonces, el fin perseguido por las normas bajo examen, no es otro que otorgar mejores condiciones laborales a los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, quienes dentro de la órbita de sus respectivos niveles ejercen funciones de mando, dirección y apoyo que implican un alto grado de responsabilidad, a diferencia de los soldados profesionales que por el contrario tienen a su cargo las tareas básicas de ejecución y combate, tal como se establece en las distintas disposiciones que distribuyen las funciones de estos cargos, especialmente los decretos 1790 y 1793 de 2000, junto con sus normas modificatorias.



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

*Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. N 2016-00013*

De esta manera, emerge con claridad que las disposiciones bajo estudio, superan el primer punto de análisis de igualdad, toda vez que persiguen un objetivo de importancia constitucional, que encuentra sustento en las garantías laborales consagradas en el artículo 53 del ordenamiento superior, toda vez que con el trato diferenciado, en principio, se busca dar cumplimiento a la obligación que tienen los empleadores de garantizar a los trabajadores la existencia de una remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y a la calidad del trabajo, asunto que lógicamente debe reflejarse en los derechos jubilatorios o de retiro reconocidos a los servidores públicos, y que involucra la idea de un orden político, económico y social justo de que trata el Preámbulo de la carta, dentro del marco prestacional especial de las fuerzas militares consagrado en el artículo 217 *ibídem*.

En esta misma línea de pensamiento, se tiene que el medio utilizado por el ejecutivo para otorgar mejores condiciones a los oficiales y suboficiales no se encuentra prohibido por el ordenamiento superior, sino que por el contrario, es allí donde encuentra su sustrato ontológico más próximo, pues al permitirse la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro y la pensión de invalidez de tales servidores, se está garantizando una mayor remuneración a quienes tienen asignadas las más altas responsabilidades, mientras que su no inclusión para el caso de los soldados profesionales, tan solo sugiere a primera vista una distinción fundada en el hecho de que sus labores se limitan a ejecutar las órdenes de los oficiales y suboficiales, de manera que sin restarles importancia, se trata de tareas con un ínfimo poder de decisión que consecuentemente implican un menor grado de responsabilidad.

En este orden de ideas, para el despacho es claro que los artículos 13 y 30 del Decreto 4433 de 2004, también superan el segundo punto analítico del juicio de igualdad, pues la distinción de remuneración con base en las categorías de empleos, antes que estar prohibida por las normas superiores, se encuentra plenamente amparada en ellas.

Resta entonces por analizar, si el medio elegido por el Gobierno Nacional para otorgar mayores beneficios a los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, resulta adecuado para la consecución de dicho fin.



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

*Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. N 2016-00013*

Con tal propósito debe decirse que los soldados profesionales mientras están en servicio activo, devengan menores ingresos que los oficiales y suboficiales, precisamente debido a la distinción de sus responsabilidades, de tal suerte que al momento de reconocerse la asignación de retiro o pensión de invalidez, su monto de por sí, resulta diferente entre unos y otros trabajadores respondiendo a la categoría de sus empleos.

Esta distinción por sí sola genera un beneficio para los oficiales y suboficiales, quienes tienen derecho a una asignación de retiro o pensión de invalidez mayor que los soldados profesionales de acuerdo con los ingresos percibidos durante el servicio activo.

En este contexto cabe interrogarse si con el fin de establecer un trato diferenciado positivo con destino a los funcionarios de mayor jerarquía, resultaba adecuado y conducente hacer más gravosa la condición de los soldados profesionales aplicándoles una doble carga, puesto que por un lado reciben una asignación de retiro liquidada con base en sus ingresos que son inferiores, y de otra parte, se les excluye de la posibilidad de aplicar el subsidio familiar como partida computable, factor que por el contrario si se contempla como tal para los demás miembros de las fuerzas militares.

En criterio del despacho, la respuesta a este cuestionamiento debe ser negativa, pues no es adecuado, ni conducente desde ningún punto de vista, imponer mayores cargas a los servidores con menores ingresos para crear tratos diferenciados positivos en favor de funcionarios con mayores recursos, toda vez que ello desconoce el principio de equidad que el propio legislador contempló como parámetro aplicable para desarrollar la Ley 923 de 2004, mediante la cual se señalaron los objetivos y criterios que debía tener en cuenta el ejecutivo al momento de establecer el régimen pensional y de asignaciones de retiro de los miembros de la fuerza pública.

En consecuencia, si el gobierno quería distinguir de manera favorable la situación de los oficiales y suboficiales, bien podía incrementar el monto de su asignación de retiro o implementar otros factores de liquidación propios de tales funcionarios, sin necesidad de excluir el subsidio familiar en el caso de los soldados profesionales, quienes por el contrario merecen un mayor grado de protección para que no se sacrifique su mínimo vital, pues vale la pena recordar que el factor que hoy se excluye para estos servidores, desde su génesis ha tenido como propósito principal aliviar las



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

*Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. N 2016-00013*

cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad en los términos contemplados en el artículo 42 superior, por lo que con mayor razón, se trata de un valor que debe reflejarse en el derecho jubilatorio o de retiro de quienes más lo necesitan, de tal suerte que no es de recibo el tratamiento desigual contemplado en la norma bajo examen, que se insiste, en lugar de favorecer a los más necesitados, genera un tratamiento favorable para los demás miembros de las fuerzas militares que se encuentran en mejores condiciones, lo cual resulta inaceptable a la luz del principio de igualdad, tal como lo indicó el H. Consejo de Estado en sentencia del 17 de octubre de 2013, proferida con ponencia de la Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, dentro de la acción de tutela radicada con el No. 2013-01821-00, cuyos criterios fueron acogidos por el H. Tribunal Administrativo de Boyacá en fallo proferido con ponencia del doctor Félix Alberto Rodríguez Rivero dentro del proceso de nulidad y restablecimiento radicado con el número 2013 – 0134 -01, providencias en las cuales se ordenó la inclusión del subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro de soldados profesionales, precisamente en aplicación del derecho a la igualdad.

Igualmente, dichas decisiones han sido reiteradas en jurisprudencia reciente del Consejo de Estado en la que ha establecido lo siguiente:

“Para la Sala, la regla que subyace en la sentencia que se invoca como precedente obligatorio es la siguiente: Si la finalidad del subsidio familiar es contribuir al sostenimiento de las personas que se encuentran a cargo del trabajador, 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 sí en la de los oficiales y suboficiales. Por lo tanto, es acertado inaplicar por inconstitucional el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, a fin de permitir que el subsidio familiar se incluya en las asignaciones de retiro de los soldados profesionales... el objeto de ese beneficio no es otro distinto que servir de auxilio económico para el mantenimiento del núcleo familiar del trabajador y priva a los soldados profesionales del mismo, a pesar de son los servidores que más lo necesita, por tener menor jerarquía, grado y salario en la estructura del Ejército Nacional... En cuanto al reajuste de la asignación de retiro del actor, con inclusión del factor denominado subsidio familiar, la providencia atacada desconoció el precedente fijado en la sentencia del 17 de octubre de 2013 por la Sección Segunda de esta Corporación. La Sala amparará el derecho fundamental a la igualdad del



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

*Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. N 2016-00013*

actor y dejará sin valor y efecto jurídico la sentencia del 22 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad, únicamente en lo que atañe a la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro.”²

Bajo este panorama, resulta claro que las normas no superan el tercer supuesto del juicio de igualdad, conllevando a que deban inaplicarse para el caso concreto por vía de excepción de inconstitucionalidad, lo que a su vez implica la procedencia de la nulidad deprecada frente al acto demandado en cuanto a este aspecto, para en su lugar ordenar la inclusión del subsidio familiar como partida computable del derecho pensional reconocido al demandante en su condición de soldado profesional, y el consecuente pago de las diferencias causadas.

Es de aclarar que sobre este factor, al igual que ocurre con la asignación básica habrá de aplicarse el 75%, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al 75% e inferior al 85%. El 85%, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al 85% e inferior al 95%. El 95% de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al 95%, pues así se establece para los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares en el Decreto 4433 de 2004.

De otro lado, atendiendo a que dicho factor no se encuentra establecido como base para los aportes que según el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004, deben realizar los soldados profesionales con destino a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, la entidad demandada podrá deducirlos de la condena en los mismos porcentajes que señala la norma para la asignación de básica.

Además, conforme al principio de sostenibilidad financiera y bajo un análisis razonable frente a la condena impuesta, se considera procedente ordenar que dichos valores, es decir, los descuentos ordenados con ocasión de los aportes no sufragados por concepto de subsidio familiar, sean actualizados para garantizar el valor real de los mismos por el paso del tiempo, tal como lo indicó el Honorable Consejo de Estado en sentencia proferida el 9 de abril de 2014, con ponencia del Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, bajo el radicado 2500023250002010-0014-01 (1849-2013), donde se establecieron los parámetros que habrán de tenerse en cuenta para el efecto.

² Sentencia del 29 de abril 2015, C.P: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, radicado No. 2015-00380



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

*Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. N 2016-00013*

Finalmente, debe precisarse que el análisis hasta aquí expuesto, resulta aplicable únicamente a los soldados profesionales que como el demandante, devengaron o devengan el subsidio familiar durante el servicio activo de conformidad con el Decreto 1794 de 2000, no así para quienes se encuentran excluidos del beneficio en virtud de lo establecido en el Decreto 3770 de 2009, que derogó la anterior disposición.

ii) CASO CONCRETO

Descendiendo al sub examine y conforme a lo expuesto hasta el momento, el despacho declarará la nulidad del acto administrativo No. OFI16-581 MDNSGDAGPSAP, como quiera que al confrontarse la hoja de servicios No. 3-00007174906 (fl. 145), expedido por la Dirección de Prestaciones del Ejército Nacional y la Resolución No. 2061 del 11 de agosto de 2008 se comprueba que al demandante le fue liquidada su Pensión de conformidad con lo siguiente:

Factor liquidado
Salario mensual
Prima de antigüedad

Con base en lo anterior, se puede concluir que el señor HECTOR ARMANDO CASTILLO, laboró como soldado profesional devengando en servicio activo además de los factores enunciados atrás, el factor salarial de **subsidio familiar**, por tanto es dable indicar que el acto acusado dejó de incluir el subsidio familiar como partida computable y tal sentido se hace necesario reliquidar la pensión de invalidez incluyendo el factor salarial en cuestión.

Por consiguiente, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará la consecuente reliquidación de la pensión de invalidez y el pago de las diferencias causadas debidamente actualizadas, desde la efectividad del derecho señalada en el acto de reconocimiento, esto es, desde el 31 de marzo de 2008, como puede verse a folios 30 a del expediente, hasta que se verifique la correspondiente inclusión en nómina.

En efecto, examinadas las diligencias se advierte que entre la fecha que se profirió la resolución que reconoció la prestación, lo cual tuvo lugar el **11 de agosto de 2008** y



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

*Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. N 2016-00013*

la fecha en que se llevó a efecto la solicitud de reliquidación del derecho, que se verificó **el 3 de diciembre de 2015**, transcurrieron más de los cuatro años contemplados en las normas, razón por la que operó el fenómeno de la prescripción de las mesadas, no obstante, entre el momento de la referida reclamación, que se repite, tuvo lugar el 3 de diciembre de 2015 y la fecha de la presentación de la demanda que se verificó el 29 de enero de 2016, no transcurrió dicho término, por tal motivo se reconocerá la mencionada prestación teniendo en cuenta la prescripción cuatrienal **a partir del 3 de diciembre de 2011**.

2.4 DE LAS CONDENAS

Las sumas que resulten de la condena en el proceso anteriormente mencionado deberá reajustarse en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., utilizando la siguiente fórmula de actualización de condena:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Para despejar esta fórmula se tendrá en cuenta que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que corresponde a la mesada pensional decretada, 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 debió hacer el pago respectivo. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada mesada pensional.

De igual manera, el hecho de que no se hayan efectuado aportes sobre todos los factores salariales, no obsta para que después de liquidar la pensión se realicen los respectivos descuentos, razón por la cual es pertinente ordenar que al momento de efectuar la liquidación, la entidad atienda lo establecido por el H. Consejo de Estado, en sentencia del 9 de abril de 2014, siendo consejero ponente el Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, dentro del proceso radicado bajo el No. 250002325000 2010-00014-01.



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

*Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. N 2016-00013*

Así mismo, la entidad deberá dar cumplimiento a las sentencias en los términos establecidos en los artículos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

2.5 DE LA CONDENA EN COSTAS

De conformidad con el artículo 188 de la ley 1437 de 2011 que 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 regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil. (Ahora Código General del Proceso), se condenará en costas a la parte vencida, tal como lo ordena el artículo 365 del C.G.P. las que serán liquidadas de conformidad con el artículo 366 de C.G.P.

Respecto de las agencias en derecho, las mismas se establecen teniendo en cuenta la tarifa prevista por el artículo 5 del Acuerdo PSAA-16-10554 del 5 de agosto de 2016, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por lo que se fijará el 4% del valor de las pretensiones.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quince Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, procede adoptar la siguiente sentencia para cada uno de los medios de control objeto de estudio:

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la excepción de prescripción de las diferencias causadas con anterioridad al **3 de diciembre de 2011**, propuesta por la parte demandada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: INAPLICAR para el caso concreto, por vía de excepción de inconstitucionalidad, los artículos 13 y 30 del Decreto 4433 de 2004, en cuanto no incluyeron el subsidio familiar como partida computable para liquidar la pensión de invalidez de los soldados profesionales, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

TERCERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo No. OFI16-581 MDNSGDAGPSAP del 7 de enero de 2016, por medio del cual la NACIÓN –



JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

*Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. N 2016-00013*

MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, negó el reajuste de la asignación con la inclusión del subsidio familiar solicitado por el demandante

CUARTO: ORDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL que, a título de restablecimiento del derecho, proceda a reliquidar la pensión de invalidez reconocida al actor, incluyendo como partida computable el subsidio familiar, factor que deberá sumarse con la asignación básica para efectos de aplicar el 85% de que trata el artículo 30.2 del Decreto 4433 de 2004, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, a reconocer, liquidar y pagar al demandante, las diferencias que resulten entre las mesadas efectivamente devengadas y aquellas que debían cancelarse conforme a la reliquidación ordenada en esta providencia, con efectos fiscales a partir del 3 de diciembre de 2011 atendiendo el fenómeno prescriptivo y conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

SEXTO: Atendiendo a que el subsidio familiar no se encuentra establecido como base para los aportes que según el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004, deben realizar los soldados profesionales con destino a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, la entidad podrá deducirlos de la condena en los mismos porcentajes que señala la norma para la asignación básica. Estas deducciones deberán ser objeto de actualización, tomando en cuenta los criterios fijados para el efecto por el H. Consejo de Estado en sentencia proferida el 9 de abril de 2014, con ponencia del Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, bajo el radicado 2500023250002010-0014-01 (1849-2013).

SÉPTIMO: ORDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL que cumpla el fallo, en los términos previstos en los artículos 192, 194 y 195 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: Condenar a la entidad demandada a pagar las costas procesales, cuya liquidación deberá efectuarse por la Secretaría del Despacho en los términos previstos en el artículo 366 del C.G.P.



**JUZGADO QUINCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**

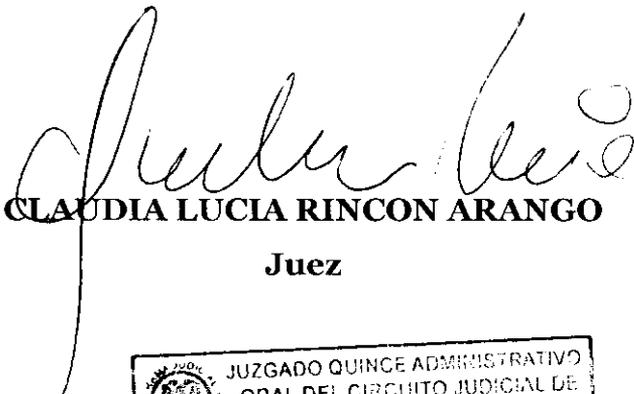
*Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad. N 2016-00013*

NOVENO: Como agencias en derecho, se fija el 4% del valor de las pretensiones.

DECIMO: En firme esta providencia **para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA;** realizado lo anterior y previamente las anotaciones y constancias de rigor, expídase copia auténtica a la parte demandante con las constancia de Ejecutoria conforme con las precisiones del artículo 302, 114 y 115 del C.G.P , y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando previa verificación de habersele conferido la facultad expresa de recibir conforme al artículo 77 C.G.P, aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA. Para efectos de lo dispuesto, téngase en cuenta las previsiones del Acuerdo de la Sala Administrativa No. PSAA16-10458 de febrero 12 de 2016.

DECIMO PRIMERO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y **verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA), Archívese el expediente dejando las constancias respectivas.**

DECIMO SEGUNDO: NOTIFÍQUESE por secretaría el contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del CPACA, art 291 No 1 y 295 del C.GP., téngase en cuenta que contra esta decisión, procede el recurso de apelación en los términos y condiciones del artículo 247 ejusdem.


CLAUDIA LUCIA RINCON ARANGO
Juez

