*JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO*
*DEL CIRCUITO DE BOGOTÀ*
*SECCIÓN SEGUNDA*

Bogotá D.C., quince (15) de junio de dos mil diecisiete (2017)

| | |
|---|---|
| Proceso: | **11001-33-42-052-2016-00285-00** |
| Demandante: | **Ferney Leal García** |
| Demandado: | **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL** |
| Asunto: | **Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Sentencia reconocimiento pensional** |

Se profiere sentencia de primera instancia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho, instaurado por el señor Ferney Leal García, actuando por intermedio de apoderado judicial, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, en los siguientes términos:

## ANTECEDENTES

El actor pretende con la demanda que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Oficio No. 2015-68671 del 24 de septiembre de 2015, por el cual la accionada negó la reliquidación de la asignación de retiro con inclusión del subsidio familiar.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a:

Reajustar la asignación de retiro con la inclusión de la partida de subsidio familiar en la misma proporción que venía percibiendo en actividad, en 62.5% a partir del 11 de marzo de 2014.

Ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre el reajuste solicitado y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro hasta la fecha en que sea reconocido el derecho solicitado.

Ordenar el pago de intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento pretendido, desde el momento en que se generó el derecho a la asignación de retiro, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia.

Ordenar el pago de gastos, costas y agencias en derecho y dar cumplimiento a la sentencia conforme los artículos 192 y 195 del CPACA.

Como supuestos fácticos que soportan sus pretensiones expuso en síntesis que (fl.14):

El actor prestó sus servicios en el Ejército Nacional por 20 años, tiempo durante el cual le fue reconocida y pagada una partida de subsidio familiar, en un porcentaje del 62.5% de la asignación básica.

Dicho porcentaje fue reconocido en la liquidación del auxilio de cesantías.

La accionada le reconoció asignación de retiro a través de la Resolución No. 1942 del 11 de marzo de 2014, sin computar la partida del subsidio familiar, prestación que tenía reconocida en un 62.5% al momento del retiro del Ejército Nacional.

El 9 de septiembre de 2015, el demandante presentó derecho de petición ante la Caja solicitando la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro, obteniendo respuesta desfavorable a través del oficio No. 2015-68671 del 24 de septiembre de 2015.

- **FUNDAMENTOS JURÍDICOS.**

Como normas violadas con la expedición del acto administrativo acusado, señala el preámbulo y los artículos 1, 4, 13, 42 y 53 de la Constitución Política; 2 de la Ley 923 de 2004; 2 y 5 del Decreto 4433 de 2004.

Señaló que el Decreto mediante el cual se fija las partidas que se deben computar en la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales va en contravía del principio constitucional, ya que el subsidio familiar es una prestación que en actividad ganan todos los miembros de la Fuerza Pública, la cual hace parte del salario.

Refirió jurisprudencia que consideró acorde con el tema, y sostuvo que no es entendible que si los soldados profesionales ganan en servicio activo el subsidio familiar al igual que los suboficiales, agentes y personal civil, no se les reconozca el cómputo de esa prestación en la liquidación de sus asignaciones de retiro.

## CONTESTACIÓN DE LA ENTIDAD

La entidad accionada contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (fls.51-54).

La apoderada del extremo pasivo, manifestó que la entidad le reconoció asignación de retiro al actor, de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, y de acuerdo a la hoja de servicios del actor conforme lo señalan los artículos 234 y 235 del Decreto Ley 1211 de 1990.

Resaltó que la entidad accionada aplica la normatividad legal vigente al momento de los hechos, para los respectivos reconocimientos de asignaciones de retiro, ajustándose estrictamente a las partidas señaladas en el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, en las cuales no está consagrada la partida del subsidio familiar, razón por la cual no se desvirtúa la legalidad del acto acusado.

Propuso las excepciones de *"No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL"* y *"no configuración a la violación del derecho a la igualdad"*. Las cual fueron objeto de pronunciamiento en líneas precedentes.

## TRÁMITE PROCESAL

Por providencia del 7 de julio de 2016, se admitió la demanda (fls.39-42).

El 1 de junio de 2017 (fls.116-120), se llevó a cabo audiencia inicial, sin que se presentaran vicios de nulidad y fijándose el litigio en establecer lo siguiente:

- ¿Le asiste derecho a la parte actora al reajuste de la asignación de retiro con la inclusión del subsidio familiar en la misma proporción que venía percibiendo en actividad, atendiendo el cargo de Soldado Profesional que desempeñaba en el Ejército Nacional?

## ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado para alegar de conclusión en la audiencia inicial celebrada el 1 de junio de 2017 (fls.116-120), las partes señalaron lo siguiente:

El apoderado de la parte actora insistió en las pretensiones de la demanda y anotó que los Soldados Profesionales son los que menos ingresos tienen, violándose el derecho a la igualdad, correspondiéndole el derecho a liquidar la asignación de retiro con la inclusión del

62.5% por concepto de subsidio familiar, conforme lo señala el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

El apoderado de la entidad accionada manifestó que la entidad reconoció y pagó la asignación de retiro conforme lo señala el Decreto 4433 de 2004, en donde no se establece que se incluya el subsidio familiar dentro de la liquidación de la asignación de retiro.

## CONSIDERACIONES

Pasa el Despacho a analizar el derecho que le pueda asistir al actor, que se declare la nulidad del Oficio No. 2015-68671 del 24 de septiembre de 2015, proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares; y en consecuencia se reajuste la asignación de retiro con la inclusión del subsidio familiar en la misma proporción que venía percibiendo en actividad, atendiendo el cargo de Soldado Profesional que desempeñaba en el Ejército Nacional.

- **EXCEPCIONES**

Frente a las excepciones de: *"No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares", "no configuración a la violación del derecho a la igualdad"*, considera el Despacho que tales argumentos no sólo se oponen a las pretensiones de la demanda sino que además tienden a la defensa de los intereses de la entidad accionada, pero en ninguna manera constituye excepción de mérito alguna que impida al Despacho resolver de fondo la controversia planteada, razón por la cual debe tenerse como alegación de la defensa y por tanto, es preciso proferir fallo que resuelva la controversia.

- **ACERVO PROBATORIO**

De conformidad con lo expresado en el acápite de pruebas, el Juzgado cuenta con el siguiente acervo probatorio:

- Petición radicada ante la entidad el 3 de septiembre de 2015, ante CREMIL, por el cual el actor solicita el reconocimiento del subsidio familiar en la asignación de retiro (fls.3-5).

- Oficio No. 2015-68671 del 24 de septiembre de 2015, por el cual la Caja accionada señaló que a través del oficio No. 44520 del 2 de julio de 2014, le dio respuesta a la solicitud (fl.6).

- Oficio No. 44520 del 2 de julio de 2014, por el cual CREMIL señaló que no puede incluir factores no previstos en la Ley, para la liquidación de la asignación de retiro, debiéndose acoger a lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 (fls.7-8).

- Hoja de servicios del actor No. 3-3150960 del 27 de febrero de 2014, proferida por el Ejército Nacional, donde se evidencia que devengó el factor de subsidio familiar, estando en actividad (fls.8-vto).

- Resolución No. 1942 del 11 de marzo de 2014, por el cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció asignación de retiro al actor, a partir del 16 de enero de 2014, incluyendo los factores de asignación básica y prima de antigüedad (fls.11-12).

## MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución a los interrogantes planteados en la fijación del litigio, es preciso hacer referencia a la normatividad que regula la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, teniendo en cuenta el régimen especial instituido para ello por el ordenamiento jurídico.

### DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE AL ASUNTO DE LA REFERENCIA.

En primera medida se advierte que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1° y 2° de la Ley 21 de 1982[1], el subsidio familiar se define de la siguiente manera:

> *Artículo 1°. El subsidio Familiar es una prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de medianos 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." (Resalta la Sala).*
>
> *Artículo 2°. 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.

[1] "Por la cual se modifica el régimen de subsidio familiar y se dictan otras disposiciones"

En este sentido debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional[2], ha considerado que el subsidio familiar 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, al efecto, estimó:

> *"En líneas generales, del anterior panorama de desarrollo histórico puede concluirse que el subsidio familiar en Colombia 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. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El sistema de subsidio familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento.*
>
> *Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral. Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social.*
>
> *Y desde el punto de vista de la prestación misma del servicio, este es una función pública, servida por el Estado a través de organismos intermediarios manejados por empresarios y trabajadores. Desde esta perspectiva, en su debida prestación se considera comprometido el interés general de la sociedad, por los fines de equidad que persigue."*

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.

Ahora bien, frente al subsidio familiar para Soldados Profesionales del Ejército Nacional encontramos lo siguiente:

El Congreso de la República, expidió la Ley 131 de 1985 "*Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario*", a través de la cual se podía establecer el servicio militar obligatorio:

> ***"ARTÍCULO 2o.*** *Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.*

[2] *Corte Constitucional. Sentencia C-508 de 1997. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.*

> ***PARÁGRAFO 1o.*** *El servicio militar voluntario, se prestará por un lapso no menor de doce (12) meses.*
>
> ***ARTÍCULO 4o.*** *El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto"*

Posteriormente, a través del Decreto 1793 de 2000 *"por el cual se expide el régimen de Carrera y Estatuto Profesional de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares"*, se señaló:

> ***"ARTÍCULO 1. SOLDADOS PROFESIONALES.*** *Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.*
>
> ***PARAGRAFO.*** *Podrá ser ascendido a Dragoneante profesional, el soldado profesional que se distinga por su capacidad de liderazgo y cumpla con los siguientes requisitos:*
>
> *a. Antigüedad mínima de cinco años.*
> *b. Excelente conducta y disciplina.*
> *c. Aprobación del curso para ascenso a dragoneante.*
>
> ***ARTÍCULO 38. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL.*** *El Gobierno Nacional expedirá los regímenes, salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos."*

El Decreto 1794 de 2000 "*Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares"*, consagró el derecho al reconocimiento del subsidio familiar al soldado profesional en actividad:

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

El Decreto 3770 de 2009 "*Por el cual se deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones*, dictó:

> *"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,*

*Artículo 2°. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000". (Subrayado nuestro).*

Por otro lado, el Decreto 4433 de 2004 *"Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública"*, estableció las partidas computables para liqudiar la asignación de retiro del personal de las Fuerzas Militares, dentro de los cuales no consagró el subsidio familiar para los Soldados Profesionales, como se lee:

*"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". (Negrilla extra texto)*

Por tanto, se advierte que de manera expresa el Decreto 4433 de 2004, en su artículo 13, no incluyó el factor de subsidio familiar, para liquidar la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, sin embargo, el Consejo de Estado en sentencia de tutela[3], señaló que dicha norma establece un trato diferenciado al incluir el subsidio familiar en la liquidación de los demás oficiales y suboficiales, excluyendo a las Soldados Profesionales, como se lee:

[3] *Sentencia de tutela, de fecha 7 de octubre de 2013, Magistrada Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.*

*"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, se tiene en cuenta que la finalidad del plurimencionado subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo en consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional que se haya previsto dicha partida para los Oficiales y Suboficiales que se encuentran un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales.*

*Así pues,* ***a luz de la Carta Política y los postulados del Estado Social de Derecho, resulta inaceptable que el Decreto 4433 de 2004 haya previsto el subsidio familiar como partida computable para los miembros de 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 quienes más lo necesitan, los Soldados Profesionales****.*

*(...)"* (Resaltado fuera de texto).

Así mismo, en un caso similar el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la sentencia proferida el 19 de enero de 2017, Magistrado Ponente: Dr. Alberto Espinosa Bolaños, dentro del proceso No. 2013-00454, consideró que en virtud del principio de igualdad, se debe incluir el factor de subsidio familiar dentro de las liquidaciones de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, por cuanto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, generó un trato discriminatorio e injustificado entre los miembros de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales, los cuales devengan en actividad el factor de subsidio familiar, como se observa:

*"(...)*
*Sobre este punto la Sala advierte, que el principio de igualdad impone al Estado el deber de tratar a los individuos de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos. A su vez, este deber se concreta en cuatro mandatos: (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 compartan ningún elemento común; (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia) 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 (trato diferente a pesar de la similitud)[4].*

*Así las cosas, el Decreto 4433 de 2004 en su artículo 13, establece cuáles son las partidas computables para el reconocimiento de la asignación de retiro, haciendo una diferencia entre los Oficiales y Suboficiales y los Soldados Profesionales, señalando que para estos últimos, se tomaría el salario mensual y la prima de antigüedad, dejando por fuera el subsidio familiar, generándose un trato discriminatorio e injustificado, entre miembros de la misma institución, que si bien tienen diferente grado, perciben en actividad la citada partida.*

---

[4] http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/nodiscriminacion/BERNAL.PDF. *El Juicio de igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Carlos Bernal Pulido. Universidad Externado de Colombia.*

*Así mismo, la finalidad del mencionado subsidio es ayudar al trabajador a aliviar las cargas económicas para el sostenimiento del núcleo familiar, y los soldados perciben salarios inferiores frente a los Oficiales y Suboficiales; en consecuencia, se observa una vulneración al derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política.*

*En el mismo sentido, lo señaló el Consejo de Estado en sentencia de tutela[5], cuando expresó:*

*"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, se tiene en cuenta que la finalidad del plurimencionado subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo en consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional que se haya previsto dicha partida para los Oficiales y Suboficiales que se encuentran un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales.*
*Así pues,* ***a luz de la Carta Política y los postulados del Estado Social de Derecho, resulta inaceptable que el Decreto 4433 de 2004 haya previsto el subsidio familiar como partida computable para los miembros de 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 quienes más lo necesitan, los Soldados Profesionales.***
*(...)" (Resaltado fuera de texto).*

*Por lo anterior considera la Sala, que en aplicación del derecho a la igualdad, consagrado en la Constitución Política, se debe tener en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, el subsidio familiar.*

*Frente al caso concreto se encuentra probado, que el señor ORLANDO CORDOBA estuvo vinculado al Ejército Nacional por espacio de 20 años, 4 meses y 17 días, y que dentro de sus haberes percibió la partida subsidio familiar en un 4%; sin embargo, al reconocer la asignación de retiro mediante la Resolución No. 3683 de 29 de septiembre de 2010, excluyó el subsidio familiar.*

*Por tanto, en virtud del principio de igualdad, se debe reliquidar la asignación de retiro del señor ORLANDO CORDOBA, con inclusión de la partida denominada subsidio familiar, a partir del 30 de septiembre de 2010".*

Se tiene que el Decreto 4433 de 2004, enunció de manera taxativa los emolumentos que se deben tener en cuenta para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales sin incluir el subsidio familiar, incurriendo en un trato desigual, por cuanto dicho emolumento al ser incluido para los demás oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

Por tanto, de la jurisprudencia aplicable al caso, se desprende que los Soldados Profesionales que hayan devengado el Subsidio familiar en actividad, tienen derecho a que dicho emolumento sea teniendo en cuenta en la liquidación de su asignación de retiro, inaplicándose el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, por inconstitucional al vulnerar el derecho de igualdad de dicho personal.

---

[5] *Sentencia de tutela, de fecha 7 de octubre de 2013, Magistrada Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.*

**CASO CONCRETO.**

Se advierte de la hoja de servicios No.3-3150960 del 27 de febrero de 2014, que el actor prestó sus servicios al Ejército Nacional desde el 1 de noviembre de 2003 hasta el 16 de octubre de 2013, retirándose por tener derecho a la pensión (fls.8-vto).

Así mismo, se advirtió que el actor se desempeñó como Soldado Voluntario desde el 1 de enero de 1994 y como Soldado Profesional desde el 1 de noviembre de 2003, hasta la fecha de retiro del servicio.

Por lo anterior, la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares a través de la Resolución No. 1942 del 11 de marzo de 2014, reconoció asignación de retiro al Soldado Profesional Ferney Leal García, a partir del 16 de enero de 2014 (fls.9-10).

De la hoja de servicios referida se evidencia además, que el demandante devengó en actividad los siguientes haberes: sueldo básico, subsidio familiar del 4% de su asignación básica y prima de antigüedad.

Ahora bien, se advierte que la excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se encuentra establecido en el artículo 4° de la Constitución Política, al establecer 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..."*. Esa norma le permite al operador jurídico o cualquier autoridad administrativa dejar de aplicar una disposición en un determinado asunto sin que la Ley inaplicada pierda vigencia o en virtud de un juicio de ponderación extender sus efectos a lo no previsto en ella.

Así las cosas, el Juez, para poder realizar el control difuso de una determinada norma, deberá efectuar un análisis respecto a la Constitución Política, para así poder determinar si existen razones de peso que lo lleven a inaplicar o extender una norma en pro de salvaguardar los principios y derechos consagrados en el ordenamiento jurídico.

Por tanto, se declarará la nulidad del oficio No. 2015-68671 del 24 de septiembre de 2015 que negó la reliquidación de la asignación de retiro con la inclusión del subsidio familiar, advirtiéndose que si bien la norma aplicable al demandante no señala el factor de subsidio familiar, para liquidar la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, en atención a la

jurisprudencia citada y evidenciándose un trato desigual para dicho personal dentro de las Fuerzas Militares, dicho emolumento deberá ser incluido.

Por ende, atendiendo el deber legal que le asiste al funcionario judicial de aplicar la norma constitucional por una norma de inferior jerarquía, este Despacho al evidenciar la vulneración del derecho constitucional a la igualdad, en la liquidación de la asignación de retiro del Soldado Profesional Ferney Leal García, inaplicará por inconstitucional el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, y extenderá los efectos del artículo 13 de la referida norma, ondenando la liquidación con la inclusión del porcentaje del subsidio familiar que devengaba el demandante en actividad[6], a partir del 16 de enero de 2014.

La Corte Constitucional en pronunciamiento T-389-09, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto del 28 de mayo de 2009, se refirió al deber legal que le asiste al operario judicial de aplicar directamente la norma constitucional, en aquellos casos en que evidencie su vulneración por una norma de menor jerarquía, como se lee:

> *"En primer término, en atención a la jurisprudencia constitucional, la excepción de inconstitucionalidad es una figura cuyo fundamento normativo se encuentra en el artículo 4 de la Constitución, del cual se deriva la obligación de aplicar preferentemente las normas constitucionales, cuando las normas de inferior jerarquía resultan incompatibles con las primeras. La jurisprudencia ha venido evolucionando en la compresión del contenido normativo descrito, y en los últimos años ha desarrollado la interpretación según la cual, la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a una caso concreto y las normas constitucionales.*
>
> *Al respecto se dijo en la sentencia T-808 de 2007:*
>
> *"Respecto del carácter facultativo u obligatorio de la excepción de inconstitucionalidad, la Constitución señala que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales" (Art.4°). Con base en ello, la Corte ha reiterado que* ***es deber de los funcionarios administrativos y judiciales aplicar directamente la norma constitucional si frente a un caso concreto encuentran una clara evidencia de que está siendo violentada o modificada por disposiciones de inferior jerarquía, cuya inaplicación se impone por mandato constitucional.***" (Negrilla extra texto)

De otra parte, analizado el acervo probatorio allegado al plenario, no se evidencia que haya operado el fenómeno de la prescripción, por cuanto al actor le fue reconocida la asignación de retiro el 11 de marzo de 2014, solicitando la reliquidación pensional el 3 de septiembre de 2015, sin que hayan transcurrido más de 3 años de inactividad.

---

[6] *"ARTICULO 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. (...) 13.1.7. Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.*
*(...)".*

Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por concepto de la reliquidación pretendida, 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 providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Finalmente y de conformidad con lo establecido en los Artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 365 numeral 8° de la Ley 1564 de 2012, el Despacho se abstiene de imponer condena en costas a la parte demandante, dado que el monto correspondiente a los gastos y agencias en derecho no fue acreditado dentro de la foliatura procesal, aunado al hecho de que la conducta asumida por dicho sujeto procesal no resulta indicativa de que procediera con temeridad o mala fé dentro del *sub-examine*.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos Administrativo de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**PRIMERO.-** Inaplicar por inconstitucional el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, por cuanto no incluyó el porcentaje del subsidio familiar devengado en actividad en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, conforme lo expuesto.

**SEGUNDO.-** Extender los efectos del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 al actor, ordenando reliquidar su asignación de retiro con la inclusión del porcentaje del subsidio familiar devengado en actividad, conforme lo expuesto.

**TERCERO.-** DECLARAR la nulidad del Oficio No. 2015-68671 de fecha 24 de septiembre de 2015 proferido por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ejército Nacional, mediante

el cual se le niega al Soldado Profesional Ferney Leal García el reajuste de su asignación de retiro, con la inclusión del subsidio familiar devengado en actividad.

**CUARTO.-** A título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a reconocer y pagar al señor Ferney Leal García, identificado con la cédula de ciudadanía No. 3.150.960, el reajuste salarial de su asignación básica en la cual se adicionará el subsidio familiar en el porcentaje que devengaba al momento del retiro, en calidad de Soldado Profesional, a partir del 16 de enero de 2014, con la consecuente reliquidación de todos los derechos laborales causados desde esa fecha y hasta el retiro del servicio.

**QUINTO.-** Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por concepto de la reliquidación pretendida, 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 providencia, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

**SEXTO.-** Sin lugar a condena en costas.

**SÉPTIMO.-** Dése cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**OCTAVO.-** Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

**NOVENO.-** Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo del fallo de primera instancia. Así mismo, expídasele copia auténtica del

fallo para que comunique al Ministerio Público y a la Entidad Accionada. Una vez se entreguen las copias requeridas, por secretaría, déjese las anotaciones de rigor en el expediente. Igualmente, devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003) y archívese el expediente.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

**ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA**
**Juez**

TL

**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**
**-SECCIÓN SEGUNDA-**

Hoy 16 de JUNIO de 2017 se notifica el auto anterior por anotación en el ESTADO No. 034

ERVIN ROMERO OSUNA
Secretario