



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
SISTEMA ORAL**

Yopal – Casanare, catorce (14) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Reajuste de asignación de retiro - inclusión de Subsidio Familiar - Decreto 4433 de 2004.
Demandante: LUIS FERNEY CORREA
Demandada: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
"CREMIL"
Radicación: 85001-33-33-002-2015-00170-00

Procede este estrado judicial a dictar la sentencia que coloque fin a la instancia en el asunto de la referencia, una vez agotadas todas las etapas contempladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para este tipo de medio de control, y habida cuenta que los presupuestos procesales normativos están satisfechos.

OBJETO DE LA DEMANDA:

LUIS FERNEY CORREA a través de apoderado judicial instaura demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la Nación – Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", para que se surtan los trámites del Contencioso Administrativo y se acceda a sus pretensiones, por cuanto la demandada mediante acto administrativo le niega la reliquidación y/o reajuste de la asignación de retiro, respecto a la inclusión del "Subsidio Familiar" como partida computable, lo que considera no ajustado a derecho.

PRETENSIONES:

Solicita el actor en el libelo de forma textual:

1) Que se declare la Nulidad del Acto Administrativo 2014-35953 del **30 de Mayo de 2014**, expedido por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL), mediante el cual 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 CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, 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 62,5%, a partir del 14 de Marzo de 2014.

3) 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 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."

ANTECEDENTES

Narra en la demanda que el soldado Profesional Luis Ferney Correa, prestó sus servicios profesionales al Ejército Nacional por un espacio de 20 años, dentro de dicho lapso y en razón a su matrimonio le fue reconocida y pagada una partida de Subsidio Familiar, que al momento del retiro del servicio correspondía al 62,5% de la asignación básica.

Sostiene que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – "CREMIL", reconoció al señor Luis Ferney Correa, asignación de retiro mediante Resolución No. 2290 del 14 de marzo del 2014; sin embargo, advierte que la liquidación de dicha prestación no se le computó el mencionado subsidio de familia.

Acorde con lo anterior, sostiene que mediante memorial radicado ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (No. 20140056244 del 28 de

Mayo de 2014), solicitó la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de su asignación de retiro, acorde con el porcentaje que tenía reconocido al momento del retiro del Ejército Nacional; ante lo cual la entidad demandada dio respuesta negativa a dicha petición, a través de acto administrativo No. 2014-35953 del 30 de Mayo de 2014.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El demandante esgrime como fundamento principal, lo siguiente:

“Señor Juez, en el momento en que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares liquida las asignaciones de retiro, incluyendo la partida de subsidio familiar para oficiales, suboficiales, agentes de policía y personal civil que labora en el Ministerio de la Defensa y lo niega para los soldados profesionales, que al igual que los anteriores tenía reconocida esta prestación al momento de su retiro, se está contraviniendo de manera directa los principios fundamentales propios ya no tanto de un Estado Social de Derecho sino de un Estado Constitucional de Derecho, el cual tiene como premisa fundamental la obediencia a las normas con el respeto por la dignidad humana, el trabajo y la prevalencia del interés general, que en resumidas cuentas consiste en un Estado protector garante férreo de todas las prerrogativas fundamentales conferidas por nuestra carta de derechos.

(...)

Ante esta realidad, y estando cobijados por los principios constitucionales de un estado social de derecho, destacando para este caso el derecho a la igualdad y la protección a la familia en los artículos 13 y 42 respectivamente, solicitamos al Despacho que se ordene a la demandada a que se corrija el tratamiento inequitativo que en la liquidación de su asignación de retiro está recibiendo Mi poderdante, y en aplicación de los postulados propios de un Estado de Derecho, para liquidar la mesada pensional de mi poderdante se incluya la partida subsidio familiar, ya que ante una misma situación no se puede dar dos tratamientos diferentes, lo que violaría igualmente el derecho a la igualdad y a los derechos adquiridos.

(...)

El tratamiento desigual que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares viene realizando en la liquidación de las asignaciones de retiro lo sustenta en la aplicación de las disposiciones consignadas en la Ley 923 de 2004 y el Decreto Reglamentario 4433 del 31 de diciembre de 2004, que rigen el ordenamiento pensional para los integrantes de la Fuerza Pública.

Desconociendo la Caja de Retiro que si de la aplicación de una norma se ven afectados principios fundamentales, como en este caso el de igualdad y el de protección integral del núcleo familiar, la norma debe inaplicarse. Considero 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 de la igualdad en cuanto conlleva un tratamiento discriminatorio, ya que el subsidio familiar es una prestación que en actividad ganan todos los miembros de la Fuerza Pública a partir del momento que conforman un hogar, dicha prestación hace parte del salario. No se entiende como para los oficiales, suboficiales, agentes de policía y civiles que

prestan sus servicios al Ministerio de Defensa si se les tiene en cuenta en la liquidación de sus pensiones la partida subsidio familiar y a los soldados profesionales no.

No incluir la partida del subsidio familiar en la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, prestación que venían percibiendo en actividad, afecta en forma directa el mínimo vital con el cual debe mantener su familia, afectando la calidad de vida de su núcleo familiar contraviniendo la protección especial que el constituyente primario estableció en el artículo 42 del ordenamiento superior.”

ACTUACIÓN PROCESAL

- La demanda que dio origen al proceso contencioso fue presentada por el apoderado de la parte actora ante la Oficina de Servicios Judiciales de Yopal, el 9 de marzo de 2015, de conformidad con el sello impuesto en la caratula que antecede al folio 1 del cuaderno principal.

- Sometida a reparto en la misma fecha, le correspondió a este Estrado Judicial siendo allegada a Secretaría el 10 de Marzo de 2015 e ingresada al Despacho para proveer el 11 de febrero de 2015 (folios 40 y 41 c.1.).

- Mediante proveído del 27 de marzo de 2015, se admitió la presente demanda (fls. 42 y vto. c.1.), al considerar que reunía los requisitos mínimos formales requeridos por la norma.

Verificada la notificación personal del auto admisorio (artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 612 del C.G.P.), dentro de la oportunidad legal concedida, el ente demandado constituyó apoderada y contestó la demanda, presentó prueba documental sin solicitar la práctica de otras, propuso excepciones de las cuales el señor Secretario del Despacho corrió el respectivo traslado (fl. 89 c.1.), sin que la parte actora se pronunciara al respecto, quedando así trabada la Litis.

Contestación de la demandada: (fls. 45 a 49 c.1.).

La demandada se hace presente al escenario de la Litis a través de apoderada judicial, oponiéndose a las pretensiones planteadas en la demanda; refiriéndose sobre cada uno de los hechos narrados y manifestando respecto a los cargos alegados por la parte actora, lo siguiente:

"INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO JURIDICO PARA LA INCLUSIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE

Es preciso señalar que solamente a partir de la expedición de la Ley 923 de 2004 y su Decreto reglamentario 4433 del mismo año, se le dio la oportunidad a los soldados profesionales de acceder a una asignación de retiro, modificándose sustancialmente lo establecido sobre el particular contenido en los decretos 1793 y 1794 de 2000.

Es así que el citado Decreto 4433 de 2004, dispone:

(...)

Dicha norma se constituye entonces en una disposición de carácter especial que prima sobre (sic) las demás normas generales y deroga las normas especiales que le fueron contrarias. (Artículo 45 del decreto 4433 de 2004).

*Por consiguiente, al revisar la norma antes transcrita, se encuentra que para efectos de reconocimiento de asignación de retiro, **en forma taxativa se consagraron los parámetros, condiciones y porcentajes, que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento**, dentro de los cuales encontramos los siguientes:*

- *Acreditación de un tiempo de servicio de 20 años.*
- *Cuantía fija de asignación de retiro en un 70%.*
- *Porcentaje fijo de prima de antigüedad equivalente al 38.5%.*

Al respecto, nótese como la norma en forma expresa establece la forma de reconocer la asignación de retiro, sin entrar a contemplar ni siquiera la posibilidad de factores adicionales, como en un momento dado podría ser la partida de subsidio familiar.

(...)

De otra parte la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, tiene como objeto el reconocimiento de las asignaciones de retiro del personal de Oficiales, suboficiales y soldados profesionales; para lo cual aplica las disposiciones especiales vigentes para cada uno de ellos y a partir de la expedición de una hoja de servicios, en donde consta toda la información relacionada con el tiempo de servicio y el salario devengado, para fines prestacionales; documento que se constituye en la pieza idónea e indispensable para el reconocimiento de la asignación de retiro por parte de la Entidad y en los términos del artículo 234 y 235 del Decreto ley 1211 de 1990

(...)

(...)

Es así, que la hoja de servicios militares expedida por el Ministerio de Defensa con su respectiva aprobatoria, es el documento idóneo e indispensable para el reconocimiento de la asignación de retiro por parte de la Caja; por lo tanto la Entidad está sujeta a la expedición y aporte de dicho documento para el reconocimiento de la correspondiente prestación.

Teniendo en cuenta lo anterior y frente al caso en comento, tenemos que en la hoja de servicios militares correspondiente al actor, expedida por el Ministerio de Defensa, no se encuentra incluida la partida de subsidio familiar, dentro de las

partidas computables para asignación de retiro, a la cual hace mención el accionante y sin que este hubiere controvertido dicho acto administrativo gozando de plena legalidad, por lo tanto y en gracia de discusión, el actor debió dirigirse ante la autoridad administrativa respectiva con el fin que le aclararan dicha situación y no pretender que la Caja asuma una carga prestacional que no le corresponde y entre a modificar una información careciendo de competencia para ello.

(...)

NO CONFIGURACIÓN A LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD

(...)

Se tiene entonces, que el principio de igualdad se predica solo entre iguales, por lo que en el presente caso NO se ha vulnerado el derecho a la igualdad, por cuanto se reitera **fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, a través del decreto 4433 de 2004, Decreto que actualmente se encuentra vigente y el cual no ha sido objeto de demandas de legalidad que afecten su vigencia; por lo tanto en el evento que el actor presente algún tipo de inconformidad frente a las normas que sirvieron de fundamento para el reconocimiento debe acusar las mismas, por cuanto a esta Caja le está vedado efectuar interpretaciones de las mismas o hacerlas extensivas a personal para el cual no fueron establecidas.**

Al respecto es preciso señalar que no le corresponde a esta Caja, efectuar interpretaciones ni juicios de valor, apartándose de lo establecido en la norma especial aplicable a cada uno de los miembros de la fuerza pública, siendo del caso indicar que los Oficiales y Suboficiales cuenta con otras disposiciones, el personal civil tiene otras disposiciones y los soldados profesionales también cuentan con su regulación especial sobre la materia; debiendo la Entidad reconocedora de la prestación aplicar en su integridad tales disposiciones y de no hacerlo, se estaría asumiendo una carga prestacional que no le corresponde; sin embargo, es preciso señalar que el derecho a la igualdad, solo se predica entre iguales."

Otras actuaciones:

Con auto del 18 de diciembre de 2015 (fls. 91 y 92 c.1) se dispuso tener por contestada la demanda por parte de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL" y se reconoció personería a su apoderada judicial; igualmente, conforme al artículo 180 del CPACA dispuso convocar a la práctica de *AUDIENCIA INICIAL* señalando fecha y hora para la misma.

El día 28 de Abril de 2016 (fls. 94 - 97 c.1.), se realizó ***Audiencia Inicial*** en la cual se trataron los temas de: Saneamiento del proceso, procedencia de la conciliación, fijación del litigio, decreto general de pruebas; posteriormente se adoptó la decisión de prescindir de la Audiencia de Pruebas establecida en el artículo 181 del CPACA e igualmente acorde con la prerrogativa estatuida en el inciso final de la aludida norma, se ordenó a las partes presentar por escrito los

alegatos de conclusión dentro de los diez (10) días siguientes y en el mismo término el agente del Ministerio Público podrá presentar su concepto, advirtiéndolo a las partes que la sentencia se proferirá dentro de los veinte (20) días siguientes al vencimiento del término concedido para alegatos.

Mediante proveído del 30 de septiembre de 2016 (fls. 110 y vto. c.1.), se dispuso fijar fecha para realizar una Audiencia Oral Atípica, en aras de regularizar unos problemas técnicos presentados en la Audiencia Inicial celebrada el 28 de Abril del año en curso.

El 1º de noviembre de 2016, se llevó a cabo la Audiencia de "Regularización de problemas técnicos en grabación de Audiencia Inicial" (fls. 112 y 113 c.1.), donde se precisó que por cuestiones técnicas, el audio de la Audiencia Inicial no había quedado registrado; sin embargo, se le dio plena validez a las decisiones contenidas en el Acta suscrita por las partes, sin que las mismas efectuaran reparo alguno; así mismo, y como consecuencia de lo anterior, se declaró debidamente ejecutoriadas y en firme las decisiones adoptadas en Audiencia del pasado 28 de abril de 2016, advirtiéndolo que en dicha diligencia se había dado traslado para alegar dentro de los 10 días siguientes, término que se encontraba vencido sin que las partes y el señor Agente del Ministerio Público adscrito al este Despacho realizaran actuación alguna.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto a la *dignidad humana* (art. 1 C.N.), desde aquí debe partir cualquier análisis a situaciones jurídicas de diverso índole puestas en conocimiento de funcionario alguno que se precie de la noble labor de administrar justicia.

Competencia y otros aspectos procesales:

Este estrado judicial al verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales de competencia (numeral 2º del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), demanda en forma, capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso, derecho de acción y contradicción, se procede al estudio del tema central del debate, teniendo en cuenta que no se formularon como tal excepciones previas y que aquellas denominadas de fondo o mérito, son medios de defensa que buscan que el acto controvertido permanezca incólume en el ordenamiento jurídico, por lo cual en el decurso de esta providencia expresa o tácitamente se decantará al aspecto.

De igual forma, en aplicación al contenido del artículo 207 del CPACA, efectúa el control de legalidad respectivo y al efecto declara que no existe vicio alguno que conlleve a la nulidad de lo hasta ahora actuado, por lo cual el proceso queda debidamente saneado.

Problema jurídico planteado:

Se trata de determinar si efectivamente el acto administrativo contenido en el oficio **No. 2014-35953 del 30 de Mayo de 2014** (por medio del cual se negó la reliquidación y/o reajuste a la asignación de retiro del señor Luis Ferney Correa - por concepto de inclusión del factor del "Subsidio Familiar"), expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se encuentra viciado de nulidad y por ende es procedente su restablecimiento al demandante; o si por el contrario el aludido acto enjuiciado se encuentra acorde con la normatividad que regula dicha materia.

Medios probatorios allegados:

.- Constancia de fecha 28 de enero de 2015, expedida por la Procuraduría 72 Judicial I Para Asuntos Administrativos de Yopal, por medio del cual el señor Luis Ferney Correa agotó el requisito de procedibilidad de la Conciliación Prejudicial (fl. 2 c.1.).

.- Copia del derecho de petición radicado el 28 de mayo de 2014 (ante "CREMIL"), suscrito por el hoy accionante, por medio del cual solicita la inclusión de la partida de Subsidio Familiar en la cuantía o el porcentaje de ley dentro de su Asignación de Retiro (fls. 3 a 5 c.1.).

.- Original del Oficio 2014-35953 de fecha 30 de Mayo de 2014 (fl. 6 y vuelto c.1.), expedido por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante el cual se niega la inclusión del subsidio familiar dentro de la asignación de retiro del señor Luis Ferney Correa.

.- Copia de la Hoja de Servicios Nro. 3-16802855 de fecha 29 de Enero de 2014 (fls. 7 y vuelto c.1.), dentro de la cual se destaca que en la última Nómina del Mes de Diciembre de 2013 y a título de Haberes que se le liquidaban aparecen los siguientes: (i) Sueldo Básico; (ii) Prima Antigüedad Soldado Profesional; (iii) Seguro de Vida Subsidiado, y (iv) Bonificación Orden Público Soldado Profesional.

.- Copia de la Resolución No. 2290 del 14 de Marzo de 2014, expedida por el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio del cual se reconoció y ordenó el pago de una Asignación de Retiro, al Soldado Profesional ® del Ejército Luis Ferney Correa, efectiva a partir del 15 de Abril de 2014 (fls. 8 y 9 c.1.).

.- Certificación N° 380 CONSECUTIVO 2014-49589 del 17 de Julio de 2014 (fl. 10 c.1.), expedido por la Coordinadora Grupo de Gestión Documental (e) de las Funciones de Atención al Usuario de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante el cual informa que al señor Luis Ferney Correa le fue liquidada su Asignación de Retiro con los siguientes porcentajes y partidas computables:

| | | | |
|----------------------------|-------|----|--------------|
| "Sueldo | | \$ | 862.400.00 |
| Prima de Antigüedad | 38.5% | \$ | 332.024.00 |
| Subtotal | | \$ | 1.194.424.00 |
| Porcentaje de Liquidación | 70% | | |
| Total Asignación de Retiro | | \$ | 836.097.00" |

.- Copia incompleta de la Orden Administrativa de Personal del Comando del Ejército No. 2683 del 3 de Enero de 2014 (fls. 11 a 13 c.1.), mediante el cual se retiró del servicio activo al señor Luis Ferney Correa.

.- Oficio N°. 20145560681211 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-SBD del 2 de Julio de 2014 (fl. 14 c.1.), expedido por el Subdirector de Personal del Ejército Nacional, por medio de la cual se informa que el Soldado Profesional Luis Ferney Correa, se encuentra retirado de la institución y que la última unidad en la que laboró fu el Batallón de Instrucción Entrenamiento y Reentrenamiento No. 16, con sede en Cupiagua, Aguazul - Casanare.

.- Copia del expediente administrativo aportado por la entidad demandada y correspondiente al señor Luis Ferney Correa (fls. 58 - 82 c.1.), de dicha documentación se destaca por ser relevante para el presente asunto el siguiente documento:

Copia de la Escritura Pública No. 0448 de fecha 6 de Marzo de 2014 (fls. 65 a 67 c.1.), expedida por la Notaría 1era del Circulo de Yopal, mediante la cual se constituyó Unión Marital de Hecho conformada por el señor Luis Ferney Correa y Damaris Buitrago Sánchez.

Con las anteriores probanzas, nos ocuparemos de determinar si el demandante tiene derecho a que la demandada le reconozca lo peticionado en el libelo demandatorio.

APLICACIÓN DE NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA AL CASO CONCRETO

Tal como se ha reiterado, se pretende en este caso, la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 2014-36953 del 30 de mayo de 2014, expedido por el Jefe de la Oficina Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante el cual se niega la

inclusión del subsidio familiar como factor computable dentro de la asignación de retiro del señor Luis Ferney Correa.

Ahora bien, en cuanto al régimen prestacional y salarial de esta clase de empleados públicos, el constituyente dejó establecido en la carta política, en su artículo 150, numeral 19, literal e), lo siguiente:

"Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes efectos:

(...)

*e) **Fijar el régimen salarial y prestacional** de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la **fuerza pública**."*

(...)"

La Constitución Política en su Art. 189 numeral 11- concedió al Presidente de la República la facultad reglamentaria general dentro de la cual se encuentra la de expedir los decretos reglamentarios de leyes marco o cuadro, lo que constituye una facultad reglamentaria ampliada según el Consejo de Estado¹ y la misma Carta en el artículo 189 atribuyó al primer mandatario fijar las dotaciones y emolumentos de los servidores públicos.

Por tal razón, y en desarrollo de la norma superior antes citada (art. 150 -19 literal "e"), la Ley 4ª de 1992 reiteró, en su artículo 1º, la competencia del Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, y a su vez en el artículo 2º estableció igualmente la siguiente limitante para ésta autoridad:

"a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales."

Ahora bien, revisada la normatividad que regula actualmente el régimen prestacional y salarial de los miembros de la Fuerza Pública, encontramos que el Gobierno Nacional acorde con la facultad

¹ Sentencia del 31 de marzo de 2011 M.P. Marco A. Velilla Moreno Exp- 2005-00096-00; sentencia del 2 de octubre de 1997 exp. 4262 M.P. Manuel Santiago Urueta Ayola y sentencia del 01/06/2000 exp. 5708 M.P. Eduardo Mendoza Martelo.

constitucional ya aludida, profirió el Decreto 4433 de 2004, el cual estableció lo siguiente:

"Artículo 16. *Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes."* (Subraya y Negrilla del Despacho)

Así mismo, se destaca que el artículo 13 del mencionado Decreto, señaló:

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: (Subraya y Negrilla del Despacho)

13.1.1 Sueldo básico,

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de Antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

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

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar, en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro. (Subraya y Negrilla del Despacho)

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: (Subraya y Negrilla del Despacho)

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° 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.*

Así las cosas y al analizar las normas precitadas bajo un punto de vista taxativo y formalista no se puede llegar a otra conclusión, sino que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares está acatando lo estatuido en la Ley, ya que como tal el "Subsidio Familiar" no fue establecido como partida computable para efectos de liquidar la Asignación de Retiro de los Soldados Profesionales; sin embargo, no puede desconocer este Estrado Judicial que existen principios y derechos de raigambre

constitucional que tienen prevalencia sobre las decisiones discrecionales adoptadas por el Gobierno Nacional, las cuales deben ceder ante su evidente contradicción o quebranto ante disposiciones de carácter superior, en este sentido, es preciso traer a colación un reciente pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado² sobre esta materia en particular y así poder discernir su aplicabilidad al caso en concreto, dicha Corporación señaló:

"La providencia censurada es la de 18 de abril de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que negó la inclusión del subsidio familiar como factor de liquidación en la asignación de retiro del tutelante, porque al revisar las pruebas aportadas al plenario y las normas aplicables al sub-lite, se observó que el accionante se desempeñó como Soldado Profesional y devengó el subsidio familiar durante el servicio activo.

Empero, no es procedente incluirlo como partida en la liquidación de la asignación de retiro porque el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, estableció taxativamente los factores computables para tal efecto, sin que mencionara la prestación que se reclama.

Para efectos de resolver el caso puesto a consideración, la Sala realizará una breve alusión al subsidio y al régimen pensional y de asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, para finalmente, referirse a la presunta vulneración del derecho a la igualdad.

El Subsidio familiar

De conformidad con lo previsto en el artículo 1º de la Ley 21 de 1982 el subsidio familiar es "(...) una prestación social pagadera en dinero, especie. y servicios 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."

En ese sentido, la finalidad de dicha prestación es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas - cónyuge o compañera (o) e hijos - que se encuentran a su cargo, en consideración a sus ingresos.

Por su parte, el Decreto No. 1794 de 2000, estableció el subsidio familiar a favor de los Soldados Profesionales, así:

"ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. *A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.*

Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente."

Empero, el anterior artículo fue derogado por el artículo 1º del Decreto 3770 de 2009, disponiendo lo siguiente:

² Sentencia del 17 de Octubre de 2013; Sección Segunda – Subsección "B"; Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez; dentro del radicado No. AC-11001-03-15-000-2013-01821-00; Acción de Tutela, Demandante: José Narcés López Bermúdez contra Tribunal Administrativo del Tolima.

"ARTICULO 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"

En consecuencia, se concluye que los Soldados Profesionales devengan el subsidio familiar durante el servicio activo, siempre y cuando vinieran percibiéndolo antes de que entrara en vigencia el Decreto 3770 de 2009, es decir, antes del 25 de septiembre de ese año.

La Asignación de Retiro

Ahora bien, en relación con las partidas computables para la asignación de retiro, el Decreto 4433 de 2004, en el artículo 5 dispone lo siguiente:

"(...) Cómputo de la partida del subsidio familiar. Cuando haya lugar a la inclusión de la partida de subsidio familiar para la liquidación de la asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia, el monto de la misma no sufrirá variación alguna por hechos ocurridos con posterioridad al retiro del personal de que trata este decreto.

Lo anterior no obsta para que en cualquier tiempo se ordene la inclusión, el aumento, disminución o extinción de la partida de subsidio familiar como factor de liquidación de la respectiva asignación de retiro o pensión, cuando se compruebe que al Oficial, Suboficial o Agente, se le venía considerando un porcentaje diferente al que legalmente le correspondía.

(...)"

No obstante lo anterior, la misma norma, más adelante en el artículo 13, estableció las partidas computables para la asignación de retiro, así:

"(...)"

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 6° del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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

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

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° 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. (...)"

De acuerdo con lo anterior, se concluye que si bien es cierto que el subsidio familiar es un factor computable para efectos de la liquidación de la asignación de retiro, también lo es que el artículo 13 del Decreto 4433 de

2004, no prevé su inclusión en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, cuyas partidas computables son el salario mensual y la prima de antigüedad.

El derecho a la igualdad

Con base en lo dispuesto en el Decreto 4433 de 2004, el Tribunal Administrativo del Tolima negó las pretensiones del accionante, encaminadas a obtener la liquidación de la asignación de retiro, incluyéndole el subsidio familiar del 4% que devengó durante el servicio activo. Sin embargo, el actor considera que tal decisión vulnera su derecho fundamental a la igualdad.

Nuestro ordenamiento Constitucional, cimentado en los postulados del Estado Social de Derecho, establece la garantía de la igualdad, tanto formal como material, en todos los ámbitos de la vida social:

"ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan."

Esta disposición Constitucional establece el derecho a la igualdad ante la ley (igualdad formal) y, a título enunciativo, contempla unos criterios que pueden generar desigualdades injustificadas (sexo, raza, origen, etc.), e impone al Estado la obligación de proteger a las personas que pueden ser objeto de discriminaciones por razón de su condición económica, física o mental (igualdad material). Así pues, en tratándose de personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta³ es una obligación del Estado brindar un trato diferencial y positivo⁴, y en consecuencia, el trato desigual⁵ no solo es válido sino necesario para realizar los fines de un Estado Social de Derecho.⁶

En ese sentido, la Corte Constitucional ha implementado el uso de "un modelo de análisis que integra el juicio de proporcionalidad y el test de igualdad⁷. Lo que en este Modelo se hace, básicamente, es retomar y armonizar los elementos del test o juicio de proporcionalidad europeo con los aportes de la tendencia estadounidense. Así, se emplean las etapas metodológicas del test europeo, que comprende las siguientes fases de análisis: (i) se examina si la medida es o no adecuada, es decir, si constituye o no un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; (ii) se analiza si el trato diferente es o no necesario o indispensable; y (iii) se realiza un análisis de

³ Tal es el caso de las personas en condición de desplazamiento, aquellas que tienen algún tipo de discapacidad, las mujeres en estado de embarazo, los ancianos, las minorías étnicas y raciales, entre otros.

⁴ Entre muchos otros ejemplos, encontramos la ley de cuotas o la asignación de cupos especiales para aspirantes a ingresar a universidades públicas, provenientes de comunidades indígenas.

⁵ Igualmente, en sentencia T-1577 de noviembre 14 de 2000, M. P. Fabio Morón Diez, se anotó:

"En otras palabras, hablar de igualdad o desigualdad, siguiendo alguna variante de la fórmula clásica (como la contenida en el artículo 13 de la Constitución Política), tiene sentido sólo en la medida en que se respondan las siguientes tres preguntas: ¿Igualdad entre quiénes?, ¿igualdad en qué?, ¿igualdad con base en qué criterio?. Los sujetos pueden ser todos, muchos o pocos; los bienes a repartir pueden ser derechos, ventajas económicas, cargos, poder, etc.; los criterios pueden ser la necesidad, el mérito, la capacidad, la clase, el esfuerzo, etc."

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-141 de 2013, M.P. Dr. Luis Ernesto Vergas Silva.

⁷ Para una exposición completa de las dos metodologías puede consultarse César A. Rodríguez "El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad" en Observatorio de Justicia Constitucional, Universidad de los Andes, Bogotá, 1996, pp. 257 y ss.

proporcionalidad en estricto sentido, para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial.¹⁸

Sobre el particular, la Corte Constitucional en la sentencia T-1577 de 2000 advirtió lo siguiente:

"Dos consecuencias se desprenden con claridad de esta enunciación del principio de igualdad: en primer lugar, la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad, pues en todo caso la carga de la prueba pesa sobre quien pretende el establecimiento de un trato diferenciado. En otras palabras, quien establece o pretende establecer un trato discriminatorio, debe justificarlo.

En segundo lugar, el núcleo del principio de igualdad queda establecido en términos de la razón suficiente que justifique el trato desigual. El problema queda concentrado, entonces, en la justificación del trato desigual. El análisis de esta justificación ha sido decantado por esta Corte mediante la aplicación de un "test de razonabilidad".

Recientemente, en relación con la aplicación del test, en la sentencia T-141 de 2013, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, el Alto Tribunal Constitucional manifestó lo siguiente:

"(...)

La aplicación de dicho test ha llevado a la Corte a identificar explícitamente cuáles son los puntos más importantes que estudia para examinar los casos en los que un trato diferente vulnera el principio de igualdad. Sin embargo, "[podría la Corte acudir a métodos de análisis constitucional diferentes o, inclusive, no definir ni seguir ningún método. No obstante, en aras de la seguridad jurídica, del respeto al principio democrático, y de trazar derroteros de interpretación constitucional, la Corte ha señalado que el juicio de igualdad tiene una estructura analítica que permite identificar violaciones al principio de igualdad."¹⁹

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

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

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

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

¹⁸ Sentencia T-577 de 2005 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁹ Sentencia C-741 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Por el contrario, sí 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.

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

En consecuencia, se tutelaré el derecho fundamental a la igualdad y en consecuencia, se dejará sin efectos la sentencia de 18 de abril de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor José Narcés López Bermúdez contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, Expediente No. 2011-00245-01.

En su lugar, se ordenará al Tribunal Administrativo del Tolima que dentro del término de cuarenta (40) días profiera una nueva sentencia, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva del presente proveído, es decir, inaplicando por inconstitucional en este caso, la disposición que excluye como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, el subsidio familiar."

En este orden de ideas y acorde con los lineamientos jurisprudenciales expuestos en precedencia, esta Instancia Judicial acoge y comparte la posición jurídica del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por cuanto no observa la **igualdad** y la justicia en la existencia de normas jurídicas que concedan como partida computable el "*Subsidio Familiar*" a ciertos miembros de la Fuerza Pública (Oficiales y Suboficiales) que contradictoriamente son los de mayor rango militar y se niegue sin justificación alguna a los Soldados Profesionales, quienes son al final los que padecen o soportan de forma directa las consecuencias nefastas del conflicto armado interno que azota al País; razón por la cual, salta a la vista esta desigualdad y/o incongruencia normativa, ya que la entidad demandada se ha limitado a apegarse al texto de una disposición de

carácter legal sin entrar a justipreciar el caso particular del “*Soldado Profesional*” y desconociendo de paso los estándares que la Corte Constitucional y Organismos Internacionales que se han trazado sobre estos asuntos, actuación injustificable y que este operador judicial no puede prohiar máxime cuando el papel del nuevo JUEZ es el de constituirse en garante de los derechos fundamentales de los asociados, al haber desaparecido la connotación decimonónica y montesqueniana de limitarse a ser “*la Boca de la Ley*”; haciéndose necesario la inclusión de dicho Subsidio Familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales.

No obstante lo anterior, y retornando al caso en concreto, este Operador Judicial advierte que revisado de forma minuciosa el escaso acervo probatorio allegado al expediente, destaca que revisada la Hoja de Servicios No. 3-16802855 del 29 de Enero de 2014 (fls. 7 y vto. c.1.), correspondiente al señor LUIS FERNEY CORREA, no se evidencia dentro de los haberes devengados en la última nómina de dicho servidor público (Diciembre de 2013), el “**SUBSIDIO FAMILIAR**” que pretende su inclusión dentro de la asignación de retiro; es decir, que el aludido ex militar no devengaba dicha prestación; afirmación, que se corrobora al revisar la Orden Administrativa de Retiro de fecha 3 de Enero de 2014 (fls. 11 a 13 c.1.) en conjunto con la Escritura Publica No. 0448 del 6 de Marzo de 2014 (fls. 65 al 69 c.1.), mediante el cual se protocoliza la Unión Marital de Hecho entre el señor Luis Ferney Correa y Damaris Buitrago Sánchez.

Bajo dicha situación fáctica, es evidente que el hoy demandante no reúne el requisito legal contemplado en el literal 13.1.7. del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 (aplicable para los Oficiales y Suboficiales), que exige implícitamente que el mencionado subsidio hubiera sido reconocido en actividad o con anterioridad a la fecha de retiro; en este sentido, se destaca el descuido probatorio de la parte actora, ya

que no cuestionó o efectuó reparo alguno de lo contenido en la Hoja de Servicios y demás documentación allegada al expediente; aunado a lo anterior, se resalta que igualmente no se preocupó por acreditar que efectivamente el hoy demandante hubiere devengado dicha prestación o que de forma injustificada se le hubiera negado su concesión dentro de la prestación del servicio militar, por el contrario se infiere que una vez retirado del servicio trató de forma extemporánea de allegar la Escritura Pública de constitución de la Unión Marital de Hecho para tratar de acceder a la inclusión de dicha prebenda en su asignación de retiro; acorde con este panorama, no se avizora violación al derecho de la igualdad, ya que al aplicar el mismo régimen estatuido para los oficiales y suboficiales, al ex soldado profesional LUIS FERNEY CORREA, este no cumple con los requisitos de Ley para que se tuviera dicha partida como computable para la liquidación de su asignación de retiro, razón más que suficiente para llegar a la conclusión que la decisión adoptada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se encuentra ajustada a la normatividad que regula esta materia, en consonancia con la interpretación constitucional y jurisprudencial ya aducida a lo largo de esta providencia; en consecuencia de lo anterior, y al no encontrar desvirtuada en debida forma la legalidad del acto administrativo acusado, no queda otro camino que negar la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Costas:

Considerando que la parte actora no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida dentro de este proceso, pues impetró su correspondiente demanda y defendió su tesis jurídica; se dispondrá no condenar en costas a la parte vencida, acorde con los lineamientos consagrados en el artículo 188 del CPACA.

Por lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Yopal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

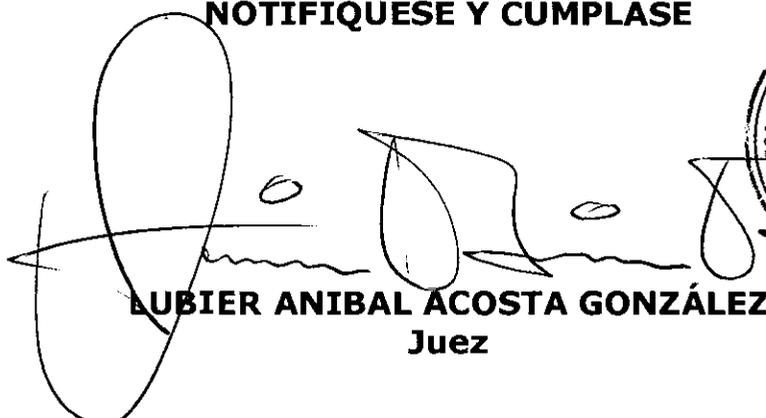
PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, acorde con lo señalado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO.- Ordenar la devolución de los valores del excedente de lo consignado para gastos procesales, si lo hubiere.

TERCERO: Désele a conocer a las partes y sus apoderados, lo mismo que al señor Agente del Ministerio Público la presente decisión, siguiendo las reglas establecidas en el artículo 203 del CPACA.

CUARTO: Cumplido lo anterior y ejecutoriada esta providencia, procédase al archivo del expediente, dejando las anotaciones de rigor en el sistema "*Justicia Siglo XXI*" y en los libros radicadores llevados al efecto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUBIER ANIBAL ACOSTA GONZÁLEZ
Juez

