

**SEÑORES
JUZGADOS ADMINISTRATIVOS DE POPAYAN
(REPARTO)**

E. S. D.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

DEMANDANTE: ROYMER CARABALI VIVEROS

DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL)

ASUNTO: PARTIDA DEL SUBSIDIO FAMILIAR

I. DEMANDA

ALVARO RUEDA CELIS, mayor de edad, vecino de esta ciudad, abogado en ejercicio, identificado civil y profesionalmente como aparece al pie de mi firma, en nombre y representación del señor Soldado Profesional **ROYMER CARABALI VIVEROS**, igualmente mayor de edad identificado con la cédula de ciudadanía No. **10.491.866 DE SANTANDER DE QUILICHAO**, conforme al poder que me ha sido conferido y en ejercicio del MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO de conformidad con el Artículo 138 C.P.A.C.A, ante su despacho presento esta demanda contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL)**, representada legalmente por su director, señor Mayor General **EDGAR CEBALLOS MENDOZA**, mayor de edad y domiciliado en ciudad de Bogotá, o quien haga sus veces, para que por los trámites del proceso ordinario, se profiera sentencia sobre las siguientes pretensiones:

II. PRETENSIONES

- 1) Se declare la Nulidad del Acto Administrativo N° **2017-46920 DE FECHA 11 DE AGOSTO DE 2017**, expedido por la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL)**, mediante el cual negó el reajuste del porcentaje de la partida de Subsidio Familiar que se viene liquidando en la asignación de retiro de mi poderdante.
- 2) A título de **RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** se ordene a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, a reajustar el porcentaje de la partida de subsidio familiar que se le está computando en la asignación de retiro de mi poderdante, esto es: del 18,75% al 62,5% de la asignación básica. Porcentaje que tenía reconocido al momento del retiro del servicio activo.
- 3) Se ordene 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.

III. RAZONES DE HECHO Y DE DERECHO

1. El Soldado Profesional **ROYMER CARABALI VIVEROS**, prestó sus servicios profesionales en el Ejército Nacional por espacio de 20 años.
2. De conformidad a lo establecido en el artículo 11° del decreto 1794 mediante Orden Administrativa de Personal el Comando del Ejército Nacional le reconoció y pago a mi poderdante, una partida de Subsidio familiar, que al momento del retiro correspondía al 62,5% de la asignación básica.
3. Previo el cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley 923 de 2004 y del Decreto Reglamentario 4433 de 2004, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció asignación de retiro a mi poderdante, mediante Resolución No. **5180 DE FECHA 28 DE JULIO DE 2016**,
4. En la liquidación de la asignación de retiro de mi poderdante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1° del decreto 1162 de 2014, le viene computando la partida de subsidio familiar, en un porcentaje del **18,75%** de la asignación básica, correspondiendo a un **30%**, de lo que tenía reconocido al momento del retiro que era del **62,5%**, de la asignación básica.
5. El Legislador dejó establecido en el **artículo 13.1.7** del decreto 4433 de 2004, que el subsidio familiar sería computado en la liquidación de las asignaciones de retiro en el porcentaje que se tenía reconocido al momento del retiro.
6. Mi poderdante presentó derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, solicitando el incremento del porcentaje de la partida del subsidio familiar que se viene computando en la liquidación de la asignación de retiro, del **18,75%** al **62,5%** de la asignación básica, porcentaje que tenía reconocido al momento del retiro del Ejército Nacional, radicado N° 20170065549 DE FECHA 02 DE AGOSTO DE 2017.
7. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, dio respuesta al derecho de petición presentado por mi poderdante mediante acto administrativo No. **2017-46920 DE FECHA 11 DE AGOSTO DE 2017**, negando el incremento del porcentaje de la partida subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro de mi poderdante.

IV. CONCILIACIÓN PREJUDICIAL

Manifiesto al Despacho que la presente demanda no está acompañada del acta de conciliación prejudicial de que trata el artículo 161 numeral 1° del C.P.A.C.A ya que si bien es cierto que el medio de control es el de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 138 del C.P.A.C.A las pretensiones formuladas en la demanda no son conciliables, por estar directamente ligados a derechos laborales como lo es el salario, que por su calidad de irrenunciable e imprescriptible no es objeto de transacción, como lo demostrare a continuación:

El artículo 161 de la Ley 1437 "**Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo**", en el numeral 1° contempla en forma expresa **que se exigirá como requisito previo para demandar la conciliación extrajudicial "cuando los asuntos sean conciliables"**, así:

Ley 1437 Artículo 161. Requisitos previos para demandar

La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

La Constitución Política de 1991, ascendió a rango constitucional los principios de la Seguridad Social y del Trabajo, esta elevación normativa trajo consecuencias estructurales y funcionales en el ordenamiento jurídico colombiano y en especial en la aplicación de los mismos, en efecto la Constitución los consagro como principios mínimos de la seguridad social y del trabajo en sus artículos 48 y 53, disposiciones que más allá de producir una alteración normativa y posición jerárquica, conlleva a un cambio radical en contenido, interpretación y alcance frente a las demás ramas del poder público.

Los principios de seguridad social y del trabajo son las pautas generales que orientan toda la normatividad que regula la seguridad social y del trabajo, esto produjo grandes consecuencias jurídicas que incluyeron una nueva interpretación diferente a la luz de los Derechos Fundamentales, de los tratados internacionales y de los avances jurisprudenciales que ha realizado la Honorable Corte Constitucional en materia de principios y derechos como máximo intérprete de la Constitución.

Al abordar el tema de los principios desde el punto de vista funcional se intenta conocer la naturaleza de estos, su interpretación y modo de aplicación en una determinada situación fáctica, los principios pueden ser explícitos o implícitos pero tiene la misma función. Robert Alexy define los principios como "Mandatos de optimización"

"En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas" William Jiménez Gil entre reglas y principios, misión jurídica, Bogotá D.C; 2008, pág. 33

Los principios tienen una función optimizadora en cuanto tiene la finalidad de dirimir conflictos de interés en el cual las normas son inaplicables o para dirimir la aplicación de las mismas por la complejidad fáctica y jurídica del problema.

Los principios sirven para sustentar soluciones a los problemas de sopesamiento de interés y valores, de tal manera que la decisión no habría sido la misma de no existir dicho principio "Sentencia T-005-95 MP Eduardo Cifuentes Muñoz"

Por eso, los derechos aquí invocados son irrenunciables e intransferibles por ser inherentes a la dignidad humana como lo dice la misma obra Constitucional en su artículo 5 y automáticamente se convierte en garantías mínimas de los asociados en nuestro Estado Constitucional.

Igualmente, el artículo 48° de la Constitución Política, dice "Se garantiza a **TODOS** los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social", en el entendido que el derecho al salario va ligado con otros derechos constitucionales como es la vida, al libre desarrollo de la personalidad y a obtener el pago íntegro del salario, razón que se encuentra en el litigio NO es conciliable ni renunciante, en el mismo entendido que el constituyente en el artículo 53 ibídem, taxativamente expresó que la conciliación procede cuando hay de por medio derechos inciertos y discutibles y, en este caso lo que hay son derechos ciertos.

V. NORMAS VIOLADAS

Considero que con la providencia negativa de acuerdo a las pretensiones presentadas en el derecho de petición la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** ha trasgredido nuestra Constitución Política en su preámbulo y los artículos 1°, 4°, 13°, 42, y 53°, y los artículos 2 y 2.7 de la ley 923 de 2004, artículos 2, 5 y 13.1.7 del decreto 4433 del 31 de

diciembre de 2004.

I. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Como es de amplio conocimiento, el subsidio familiar como partida computable, en la asignación de retiro y pensión de invalidez de los Soldados Profesionales, fue obtenido gracias al reconocimiento Jurisprudencial que los jueces hicieron sobre dicho derecho. El Consejo de Estado avaló lo reconocido ya por los Jueces y Tribunales administrativos en el Territorio Nacional. De esta forma, el Máximo Órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa consagró que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, estableció un trato diferenciado, al incluir el subsidio familiar en la liquidación de los Oficiales y Suboficiales, pero, no la incluyó para los Soldados Profesionales, sin que se diera justificación razonable para tal exclusión.

Así mismo precisó la Corporación en su jurisprudencia sobre el tema, que el Subsidio Familiar tiene como finalidad ayudar al sostenimiento de las personas que se encuentran a cargo del trabajador, en consideración a sus ingresos. Aseguró de igual forma, que resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, los cuales se encuentran en un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales.

Afirmando específicamente sobre el derecho:

"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 las 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 tutelará 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 Narces López Bermúdez contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, Expediente No. 2011-00245-01..."

De esta forma, se dio inicio al reconocimiento de la partida del subsidio familiar tal y como se establece en el Decreto 4433 de 2004, esto es:

"TITULO II ASIGNACION DE RETIRO Y PENSION DE SOBREVIVIENTES DEL PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES"

CAPITULO I

Asignación de retiro 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”.

Sin embargo, dicho tema prestacional, fue objeto de desarrollo legislativo por parte del Ejecutivo, el cual en virtud de las normas generales señaladas en la **Ley 923 de 2004, expidió el Decreto 1162 del 24 de junio de 2014¹**, mediante el cual consagró como el subsidio familiar como partida computable al momento de liquidar la asignación de retiro o pensión de invalidez, a los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares.

Desarrollo legislativo que generó un **detrimento y discriminación** a aquellos Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, quienes venían devengando en actividad el subsidio familiar de conformidad a lo consagrado en el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, esto es: un 62,5% como resultado del 4% de la Asignación Básica más la prima de antigüedad que es del 58,5%. Toda vez que, a partir de la expedición del citado Decreto, únicamente se les reconocerá como partida computable de subsidio familiar, un porcentaje del 30% del valor que venía siendo reconocido en actividad, esto es el 18,75%.

Frente a la existencia de estas dos normas que regulan la misma materia, pero que reconocen el derecho en diferentes porcentajes, se contempla una condición más beneficiosa para el soldado profesional, la cual en virtud de lo contemplado en el artículo 53 de la Constitución y el artículo 21 del Código Sustantivo de Trabajo, debe ser aplicada, pues el **principio de favorabilidad en materia laboral** consiste en el deber que tiene toda autoridad tanto judicial como administrativa de optar por la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho.

Al encontrasen vigentes las normas mencionadas, esto es el numeral 13.1.7. Del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y el Decreto 1162 de 2014, la disposición aplicable por parte del operador jurídico debe aplicar la que mayor provecho otorgue al trabajador, en este caso, soldado profesional e infantes de marina. Siendo esta la contemplado en el Decreto 4433 de 2004, el cual establece que el subsidio familiar se computará como partida computable en el **porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro**.

Sobre el principio de favorabilidad la Corte Constitucional, ha sido enfática en afirmar:

“(....)

El principio de favorabilidad se aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto. En estos eventos los cánones protectores de los

¹ Decreto 1162 de 24 de junio de 2014, Por el cual se dictan disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para Soldados Profesionales e infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares.

derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social. El texto legal así escogido debe emplearse respetando el principio de inescindibilidad o conglobamento, es decir, aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido

(...)²

La favorabilidad en materia laboral, consiste en un principio orientador que le permite al juez decidir la aplicación normativa en caso de concurrencia de presupuestos legislativos vigentes sobre una misma materia.

Siendo consecuentes con los fundamentos anteriores, y teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 137³ de la Ley 1437 de 2011, se imputa como vicios del acto administrativo acusado, la Infracción de normas Constitucionales y Legales, y Falsa Motivación, las cuales se desarrollan a continuación:

1. VULNERACIÓN A NORMAS CONSTITUCIONALES

1.1. ESTADO SOCIAL DE DERECHO

“ARTICULO 1º. Colombia es un Estado social de derecho,”

Señor Juez, la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** al negarle a mi poderdante el reajuste del porcentaje de la partida subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro al (62,5% de la asignación básica), porcentaje que tenía reconocido al momento del retiro, estaría violando los principios fundamentales propios del Estado Social de Derecho establecido en el artículo 1º del mandato superior, entre los fines esenciales del Estado de Social de Derecho se encuentran la protección de los derechos económicos de todos los colombianos.

Señor Juez, en el momento en que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares liquida las asignaciones de retiro de oficiales, suboficiales incluyendo la partida de subsidio familiar en el **100%** de lo reconocido al momento del retiro (**62,5%** de la asignación básica), de conformidad a lo establecido en el artículo **13.1.7** del decreto 4433 de **2004**, y a los soldados profesionales solo se les computa el **30%** de lo que tenían reconocido al momento del retiro (**62,5%**), 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.

En este sentir la Corte Constitucional en sentencia SU-747 de 1998, definió el Estado Constitucional de Derecho de la siguiente manera:

² Sentencia T-350/12 MP. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Artículo 137. Nulidad. “Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

(...)

“La acepción Estado de derecho se refiere a que la actividad del Estado está regida por las normas jurídicas, es decir que se ciñe al derecho. La norma jurídica fundamental es la Constitución, lo cual implica que toda la actividad del Estado debe realizarse dentro del marco de la última. En esta situación se habla entonces de Estado constitucional de derecho.

De lo anterior, no es dable pretender que la concepción de Estado Constitucional de Derecho sea una noción totalmente independiente del Estado Social de Derecho, por cuanto a que no son materias disyuntivas que se yuxtapongan, dado que el concepto y la finalidad de este último está orientada para que el mismo Estado le garantice a todas las personas condiciones de vida dignas, es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado, no se reduce a exigir de éste la no interferencia o el recorte las libertades individuales, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para poder superar las urgencias que el Estado como garante pueda auxiliar⁴.

Todo Estado Social de Derecho se erige sobre valores tradicionales como son la libertad, la igualdad y la seguridad, que tiene como gran propósito, el procurar las condiciones materiales generales para lograr la efectividad y la adecuada integración del bienestar social; por lo que a la luz de esta finalidad, no podrá reducirse el Estado Social de Derecho a una mera instancia prodigadora de bienes y servicios, ya que al ser un defensor de los derechos, le es inaceptable que los funcionarios que hacen parte de sus instituciones como son los directores y asesores de las Cajas de Retiro, procedan a liquidar las pensiones y asignaciones de retiro omitiendo los principios rectores de nuestra Constitución Política como es el caso del derecho a la igualdad”.

Ante esta realidad, y estando cobijados por los principios constitucionales de un estado social de derecho, como lo son el derecho a la igualdad y la protección a la familia enunciados en los artículos 13 y 42 de la carta, solicitamos al Despacho que se ordene a la entidad demandada a que se corrija el tratamiento inequitativo que en la actualidad vine recibiendo mi poderdante en la liquidación de su asignación de retiro; y en aplicación de los postulados propios de un Estado de Social Derecho, se liquide la mesada pensional de mi poderdante computando la partida de subsidio familiar en el porcentaje que tenía reconocido al momento del retiro del servicio activo, de conformidad a lo establecido en el artículo 13.1.7 del decreto 4433 de 2004, ya que ante una misma situación fáctica no se puede dar dos tratamientos diferentes.

1.2. PRIMACÍA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL FRENTE A LA LEGAL EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Artículo 4º Constitución Política.

“La Constitución es norma de normas. En caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicará las disposiciones constitucionales”

La Caja de retiro de las Fuerzas Militares viene realizando la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, de acuerdo a lo establecido en la Ley 923 de 2004 y los Decretos reglamentarios 4433 de 2004 y 1162 del 24 de junio de 2014, que rigen el ordenamiento pensional para los integrantes de la Fuerza Pública.

De la aplicación de los establecido en los decretos 4433 de 2004 y 1162 de 2014 en lo que hace relación al porcentaje que debe de ser computado de la partida de subsidio familiar se evidencia un tratamiento desigual, entre el dado por el Ejecutivo a los oficiales y suboficiales en aplicación del artículo, 13.1.7 del decreto 4433 y el que se les da a los soldados profesionales de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1º del decreto 1162 de 2014. Es de tener en cuenta que el subsidio familiar se otorga a los trabajadores en razón a las contingencias propias del mantenimiento del hogar y a la crianza de los hijos, y tanto los

⁴Sentencia SU-747 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

oficiales y suboficiales al igual que los soldados necesitan de los recursos que por este concepto venían percibiendo para brindarle a sus familias una vida digna. Cuando a los soldados profesionales se les computa un porcentaje 30% de lo que tenían reconocido al momento del retiro y a los oficiales y suboficiales el 100%, se está generando un trato discriminatorio y violatorio al derecho a la igualdad.

Conociendo la Caja de Retiro, que de la aplicación del artículo 1° del decreto 1162 de 2014 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 artículo 1° Decreto 1162 del 24 de junio de 2014, mediante el cual se reconoce la partida de subsidio familiar para ser computada en las asignaciones de retiro de los soldados profesionales que ya lo venían percibiendo de conformidad a lo establecido en el artículo 11° del decreto 1794 de 2000, va en contravía del principio constitucional de la igualdad, en cuanto conlleva un tratamiento discriminatorio. 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 en el porcentaje que tenían reconocidos al momento del retiro, y a los soldados profesionales se les computa la misma prestación, pero en un porcentaje solo del 30% de lo que tenían reconocido al momento de su retiro.

No incluir la partida del subsidio familiar en la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, en el porcentaje que tenían reconocido al momento del retiro del servicio activo, 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.

Con este proceder la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, desconoce la supremacía constitucional sobre la norma legal, afirmación que me permito sustentar:

- a. Desde el preámbulo de nuestra carta magna, se dispone asegurar la igualdad y un orden social justo para los colombianos, pilar constitucional ratificado en su artículo 2° como fines esenciales del estado y de obligatoria observancia por parte de sus autoridades.
- b. El Artículo 4° de la Constitución Política señala 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. Es deber de los nacionales y de los extranjeros acatar la Constitución y las leyes..."
- c. Igualmente el artículo 4° es concordante con los artículos 1°, 2°, 3°, y 95, de la misma Carta; cuando se presentan incompatibilidades entre constitución y ley, debe inaplicarse la norma legal, acudiéndose a la excepción de inconstitucionalidad, facultad que deben observar con mayor prioridad las autoridades que tienen jurisdicción y competencia como en el caso concreto: la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.
- d. Considero que en el caso sub examine, se han presentado, voluntaria o involuntariamente, inaplicación de la norma adecuada, justamente por el exceso normativo existente y por el advenimiento novedoso de la reciente reforma constitucional, garantista de los derechos fundamentales.
- e. Adicional al artículo 4° de nuestra joven carta magna, es el código civil colombiano quien claramente señala el camino de aplicación preferente de normas sobre un mismo tema, así:

- Su artículo 10º: Reglas sobre disposiciones incompatibles entre sí, recoge el artículo 5º de la ley 57 de 1887: (...) "Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella..."
- Igualmente nuestro estatuto civil en este mismo artículo 10º, cita el artículo 9º de la ley 153 de 1887, Supremacía de la Constitución, disponiendo: "La Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente"
- En síntesis, en el caso aquí demandado por ajustarse milimétricamente a los postulados constitucionales y legales vigentes, debe aplicarse de preferencia los artículos constitucionales números 4, 13, 46, 48 y 53.

f. Reitero que nuestra garantista carta magna, en su artículo 48 último inciso y el artículo 53 inciso 3º, disponen la anterior garantía, que de la mano con el artículo 13 constitucional, no permite aplicación de norma contraria, so pena de incurrir en nulidades.

En materia de Jurisprudencia tenemos también sólidos soportes que aclaran el tema en estudio: La Sentencia C-182 de 1997, en la que estudiando la constitucionalidad del artículo 174 del decreto 1211 de 1990, norma en que se respalda la Caja de Retiro para expedir el acto administrativo que se demanda, y con ponencia del Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA, la Honorable Corte se pronunció sobre el sometimiento a la Constitución de los "Regímenes Excepcionales" y en este caso, el de la Fuerza Pública, así:

(...)

"Ha señalado esta Corporación en relación con el establecimiento de los llamados "Regímenes Excepcionales", que ellos se ajustan al ordenamiento constitucional, en cuanto suponen la existencia de unas condiciones prestacionales más favorables para los trabajadores a quienes comprende y cuya finalidad es la preservación de los derechos adquiridos. Pero, cuando consagren para sus destinatarios un tratamiento inequitativo frente al que se otorga a la generalidad de los trabajadores cobijados por el régimen previsto en la Ley 100 de 1993, estas regulaciones deberán ser descalificadas en cuanto quebrantan el principio constitucional de la igualdad". (El subrayado y negrilla es nuestro)

De acuerdo con la posición de la Honorable Corte, queda claramente definida la primacía del ordenamiento constitucional frente a las demás normas, así se trate de regímenes especiales como el establecido en los decretos 4433 del 31 de diciembre de 2004 y 1162 del 24 de junio de 2014. Por consiguiente, liquidar las asignaciones de retiro de quienes se encontraban en similares condiciones al momento de su retiro, computando la partida subsidio familiar en el porcentaje que tenían reconocido al momento del retiro a la generalidad de los integrantes de la Fuerza Pública (**100%** de lo que tenía reconocido), y dejando excluido de este tratamiento a los soldados profesionales (**30%** de lo que tenía reconocido) es contrario a lo establecido en el régimen constitucional (artículos 13 y 42). No aplicar el nuevo espíritu y letra constitucional, es desconocer su supremacía, lo cual genera un tratamiento inequitativo con estos servidores públicos.

En atención a lo anterior la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en la negativa de computar la partida subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro de mi poderdante en el porcentaje del **62,5%** de la asignación básica que tenía reconocido al momento del retiro del servicio activo, no pude escudarse en lo establecido en el artículo 1º del Decreto 1162, reglamentario de la ley 923 de 2004, cuando de su aplicación se está en abierta contradicción con los preceptos constitucionales, como es el caso presente, por lo anterior se solicita al despacho que ordene a la demandada a inaplicar el artículo anteriormente relacionado en razón a que su aplicación conllevan la violación de derechos fundamentales como son el de igualdad y el de protección especial a la familia.

1.3. VIOLACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL DE IGUALDAD.

El derecho a la igualdad es uno de los principios fundantes del constitucionalismo moderno que incidió de manera directa en la estructuración del derecho laboral, el cual encuentra su sustento en los artículos 13 y 53 de la Constitución y en los convenios 111 y 95 de la OIT. De esta manera y en nuestro sentir, la reafirmación del principio y derecho fundamental de igualdad ante la ley, tiene por objeto materializar en forma progresiva las condiciones sociales, económicas y culturales que reduzcan al máximo los desequilibrios existentes en las oportunidades del desarrollo humano, en especial por las condiciones de vida pretendidas por los trabajadores con relación a las expectativas que desarrollan en sus actividades laborales.

El principio y derecho fundamental de igualdad ante la ley, tiene por objeto materializar en forma progresiva las condiciones sociales, económicas y culturales que reduzcan al máximo los desequilibrios existentes en las oportunidades del desarrollo humano.

Ante la negativa de la Caja de Retiro, se está ante una notoria violación del derecho fundamental a la igualdad establecido en el artículo 13° superior; que se materializa cuando a los soldados profesionales en la liquidación de las asignaciones de retiro no se le compute la partida subsidio familiar en el porcentaje que tenía reconocido al momento del retiro (62,5%), caso diferente se da con los oficiales, suboficiales, agentes de policía a los cuales se les tiene en cuenta el **100%** de lo reconocido, es necesario señalar que el derecho a la igualdad alude a la obligación de otorgar un mismo tratamiento a quienes se encuentren en una situación análoga, de forma tal que todos ellos puedan gozar de unos mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación alguna por razones de sexo, raza, origen, lengua, religión u opinión política o filosófica⁵.

La igualdad fáctica que se predica, entre los integrantes de la Fuerza Pública en el presente caso, se da ante el hecho, de que a todos (oficiales, suboficiales, agentes de policía, soldados profesionales y personal civil) se les reconoce esta prestación, la cual se otorga por el mismo motivo: la conformación de la familia, y no por rango, responsabilidad, antigüedad, conocimiento etc. Siendo así el tratamiento en su reconocimiento en la liquidación de las asignaciones de retiro debe ser igual, ya que, de no serlo así, estaríamos ante una flagrante discriminación de las familias de los soldados profesionales, que al igual que la de los oficiales y suboficiales tiene derecho a una vida digna, derecho que se ve afectado al disminuirse el mínimo vital de mi poderdante cuando solo se le tiene en cuenta el 30% de lo que tenía reconocido por este concepto al momento del retiro.

Es de anotar al Despacho, que el subsidio familiar es una prestación que se le reconoce y paga a los oficiales, suboficiales, agentes, soldados profesionales y civiles que prestan servicio al Ministerio de Defensa, con el fin de atender las contingencias propias de matrimonio y del nacimiento y crianza de los hijos. Igualmente está establecido en los estatutos de carrera decretos 1211, 1212, 1213, 1214 de 1990, 4433 de 2004 y decreto 1162 de 2014, que el subsidio familiar será tenido en cuenta como partida computable en la liquidación de las asignaciones de retiro de los oficiales, suboficiales, agentes y personal civil, en el porcentaje que tenían reconocido al momento del retiro del servicio activo, excluyendo de tal reconocimiento de este derecho al nivel más bajo en la jerarquía de la Fuerza Pública como lo son los soldados profesionales, toda vez que solo se les reconoce un porcentaje del 30% de lo que tenían reconocido.

Si el subsidio familiar de conformidad con la ley 21 de 1982 se creó para ser pagado a los trabajadores de bajos salarios como se explicaría señor Juez que en este caso su aplicación

⁵ Sentencia No. C-007 de 1996, M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

es al revés, se les reconoce a los altos salarios en el **100%** del porcentaje que tenían reconocido y al más bajo como es el caso de los soldados profesionales solo se les reconoce el **30%**.

Si partimos del supuesto en que si bien no toda desigualdad genera necesariamente una discriminación, ya que la igualdad sólo se vulnera en la medida en que la diferenciación no encuentre respaldo en una justificación objetiva y razonable, siendo ésta el resultado de un análisis previo entre los medios empleados y el fin de la medida considerada, es decir una relación de proporcionalidad⁶, y al no evidenciar razonabilidad ni mucho menos la razonabilidad de las medidas optadas por la caja de retiro, es de anotar que no constituyen una decisión amparada por las garantías de nuestra carta de derechos al evidenciarse que de manera regresiva se efectúan liquidaciones discriminatorias al personal de la fuerza pública en retiro.

De igual forma, es preciso examinar si el trato diferenciador a la hora de computar la partida subsidio familiar, en la liquidación de las asignaciones de retiro en un porcentaje diferente y desfavorable para los soldados profesionales, al que se tiene en cuenta para los oficiales y suboficiales, es o no una medida justificable que legitime el actuar de la administración. Ante estas circunstancias, cabe concluir ante la premisa de tratar igual a los que están en igualdad de condiciones y desigual a los desiguales, nos da a entender que la igualdad implica un tratamiento unívoco que obliga a dar el mismo trato ante supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un procedimiento diferente.

Analizado el contenido y la abundante jurisprudencia emitida por los órganos de cierre sobre la vigencia del derecho a la igualdad, en el presente caso no existe fundamento alguno que permita concluir con base en el test de proporcionalidad aplicado, la validez de un trato discriminatorio en la liquidación de las asignaciones de retiro de los integrantes de la Fuerza Pública, y por el contrario en razón a la vigencia del derecho de igualdad la Caja de Retiro aplique un criterio uniforme en la aplicación de la partida subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales

1.3- PROTECCIÓN ESPECIAL A LA FAMILIA ARTICULO 42 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

El constituyente primario estableció en el artículo 42 de la Constitución Política una protección especial para la familia, como veremos a Continuación:

“Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable”.

Igualmente el Legislador en la ley 21 del 22 de enero de 1982 estableció el reconocimiento y pago de un subsidio familiar a los trabajadores como una manera de protección a la familia.

ARTICULO 1o. El subsidio familiar es una prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de mediano y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad. (Negrilla y subrayado es nuestro)

Señor Juez al negársele a mi poderdante por cuenta de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL)**, el cómputo de la partida del subsidio familiar en el

⁶ Sentencia No. C-590 de 1995, M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

porcentaje que venía percibiendo al momento del retiro (62,5%), se está atentando contra la institución familiar, que por mandato constitucional es el núcleo fundamental de la sociedad. Es de resaltar que mi poderdante venía percibiendo el subsidio familiar, dinero que contribuía al sostenimiento de la familia, al retirarse del servicio activo y al serle reconocida esta partida en la liquidación de su asignación de retiro en un porcentaje de solo el 30% de lo que venía percibiendo se está afectando el mínimo vital con el que él contaba para brindarle unas condiciones dignas a su núcleo familiar.

La protección al núcleo familiar y el mínimo vital son dos derechos que están relacionados para que se pueda garantizar el mandato constitucional de protección y vida digna a los núcleos familiares, y en especial a los de más bajos ingresos, como en este caso las familias de los soldados profesionales.

El mínimo vital ha sido definido por la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional, así:

“se ha establecido que ese concepto corresponde a “ los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humanoT-011/98 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.Cfr. T-246/92, T-063/95, T-437/96, T-366/98)”

De otra parte hago referencia al **artículo 1° de la Ley 21 de 1982** que manifiesta que 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. Se trata entonces de una prestación o partida cuya finalidad es la de ayudar a la cabeza del núcleo familiar al sostenimiento de las personas como son: su cónyuge o compañera, sus hijos que se encuentran a su cargo y en consideración a los ingresos del primero.

La H. Corte Constitucional en Sentencia No. **C-508 de 1997** Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, fija en torno al subsidio familiar la siguiente posición:

“...es por eso que el subsidio familiar en Colombia ha buscado 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.

Por eso los principios que inspiraron la partida del Subsidio Familiar 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, estipulado en nuestra constitución nacional. 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 para beneficio de los menos favorecidos”.

2. VULNERACIÓN A NORMAS LEGALES

ARTICULO 2° DE LA LEY 923 DEL 30 DE DICIEMBRE DE 2004

⁷ CORTE Constitucional, sala de revisión, sentencia T-777 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra

Hago referencia señor Juez, que el legislador al expedir la Ley Marco de Pensiones para los integrantes de la Fuerza Pública (Ley 923 de 2004) dejó consignado en el artículo segundo (2), que hace relación a los objetivos y criterios que el Ejecutivo debe observar al reglamentar el régimen pensional de estos servidores públicos, están los de universalidad, igualdad y equidad, como veremos a continuación:

Artículo 2o. OBJETIVOS Y CRITERIOS. Para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta además de los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad los siguientes objetivos y criterios: (negrilla y subrayado es nuestro)

Cuando se establece en el artículo 13.1.7 del decreto 4433 de 2004 que la partida subsidio familiar debe ser computada en cuenta en la liquidación de las asignaciones de retiro de los oficiales, suboficiales y agentes de policía, en el porcentaje que tenían reconocido al momento del retiro y en el artículo 1º del decreto 1162 de 2014 se le reconoce el computo de esta partida para ser computada en la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales solo en el **30%** de lo que tenía reconocido al momento del retiro, el Ejecutivo está apartándose de los principios que el legislador dejó consignados en el artículo 2º de la ley 923 como lo son el de igualdad y equidad.

Si de la aplicación del artículo 1 del decreto 1162 de 2014, se violan principios fundamentales como son el derecho a la igualdad y el de equidad, esta norma debe inaplicarse por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, y en su lugar aplicar lo establecido en el artículo 13.1.7 del decreto 4433 de 2004, por ser este más favorable a los intereses de mi poderdante.

2.1- ARTICULO 5º DEL DECRETO 4433 DEL 31 DE DICIEMBRE DE 2004.

La norma que regula el régimen pensional de los integrantes de la Fuerza Pública es el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 que reglamenta la ley 923 mediante la cual se fija el régimen pensional de los integrantes de la Fuerza Pública. En el artículo 1º de la citada norma se consignó que las disposiciones allí contempladas se aplican a los soldados profesionales.

El artículo 13.1.7 del Decreto 4433 de 2004, es amplio en el reconocimiento de la partida subsidio familiar y dispone que este debe de ser reconocido en el porcentaje que se tenía reconocido a la fecha del retiro y no se entiende que la Caja de Retiro para negar su computo en el caso de los soldados profesionales solo se detenga en lo dispuesto en el artículo 1º del decreto 1162 de 2014, y no en la integridad de la citada norma.

Decreto 4433/04 artículo 5º:

"Artículo 5º. *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.(negrilla y subrayado es nuestro).

Artículo 13º:

13.1.7. **Subsidio Familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.**

Es de resaltar que esta disposición, parte de un precepto: cuando haya lugar a la inclusión de la partida de subsidio familiar, como factor de la liquidación de la respectiva asignación; luego entonces, el interrogante que emerge de inmediato, es ¿Cuándo hay lugar a la inclusión de dicha partida? La respuesta está en la misma norma en su artículo 13 numeral 13.1.7:

3. FALSA MOTIVACIÓN

LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, en la motivación del acto administrativo que se demanda, incurrió en causal de **FALSA MOTIVACIÓN**, al no existir correspondencia entre la decisión adoptada y los motivos de hecho y de derecho que se aducen para negar a mi poderdante las peticiones solicitadas lo que es motivo de nulidad (Art. 138 CPACA.); además quebrantó las disposiciones de jerarquía superior normativa.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional, han entendido que existe la ilegalidad denominada **FALSA MOTIVACIÓN**, cuando los fundamentos alegados por el funcionario que expidió el acto administrativo, en realidad no hayan existido, o no tengan el carácter jurídico que el legislador les ha dado, o sea que se estructure la ilegalidad por inexistencia material o jurídica de los motivos, de una parte o que los motivos, no sean de tal naturaleza que justifiquen la medida tomada.

Se denominan **motivos**, según la doctrina francesa, a las circunstancias de hecho que proceden o provocan toda decisión administrativa; la sucesión de acontecimientos que impulsan al administrador público a obrar; la decisión en tales circunstancias será ilegal, si no se justifican las razones que la provocaron; obviamente la causal de la falsa motivación encuadra dentro de la violación de la ley general.

Con base en lo anterior, me permito proceder a explicar los motivos por los cuales **LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES** incurrió en el vicio de la **FALSA MOTIVACIÓN**, cuando negó los derechos reclamados.

Incurrir en **FALSA MOTIVACIÓN**, como ocurrió en el caso *sub examine*, normalmente se presenta por la aplicación incorrecta de los métodos de interpretación normativa; en esta demanda he podido dejar muy claros los postulados normativos y de interpretación jurisprudencial y doctrinario respecto de los mínimos porcentajes en que debe computarse la partida de subsidio familiar esta erróneamente interpretado por la Demandada.

Señor juez, del estudio de los argumentos invocados en la presente demanda, permiten concluir que Constitución, (Art. 13 y 53), Ley 923/04 y la Jurisprudencia emitida tanto por La corte Constitucional y el Consejo de Estado, llevan a establecer que mi poderdante tiene derecho a que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al momento de liquidar su asignación de retiro compute la partida subsidio familiar en el porcentaje que tenía reconocido al momento de su retiro es decir en un 62,5% de la asignación básica, no se entiende, porqué la Caja demandada no ha dado estricto cumplimiento a esta obligación, en abierta contradicción con la constitución de 1991, toda vez que la inobservancia por parte de un funcionario público de las obligaciones constitucionales y legales que le corresponden al Estado está poniendo en entredicho el Estado Social de Derecho pilar de la actual normatividad.

4. DE LA PRESCRIPCIÓN

EL ARTICULO 43 DEL DECRETO 4433 DEL 31 DE DICIEMBRE DE 2004 NO ES APLICABLE PARA DETERMINAR LA PRESCRIPCIÓN DE LAS MESADAS.

Señor Juez, en razón a que la Fuerza pública cuenta con un régimen especial establecido en los decretos de carrera la prescripción aplicable para el pago de las diferencias que resultan del reajuste solicitado, es **cuatrienal**, ya que así está determinada en el artículo 169 del decreto 1211 de 1990.

Si bien es cierto que el Gobierno Nacional en el artículo 43 del Decreto 4433 estableció que la prescripción debía de ser de tres años, el H. Consejo de Estado, ha determinado que este artículo no es aplicable en razón a que el Presidente de la República "**so pretexto de reglamentar una ley excedió los términos de la misma.**", es decir no tenía competencia para hacer variaciones en este aspecto, por lo tanto sigue en firme lo dispuesto en los estatutos de carrera.

Señor Juez, con el fin de aportar elementos de juicio sobre el tema me permito transcribir los apartes de la sentencia del H: Consejo de Estado sobre el tema, así:

JURISPRUDENCIA DEL H. CONSEJO DE ESTADO SOBRE LA NORMA QUE EN MATERIA DE PRESCRIPCIÓN ES APLICABLE EN ESTOS CASOS.

H. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", Sentencia del 4 de septiembre de 2008, radicado N° 2006 – 00107, Honorables Magistrados: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Alfonso Vargas Rincón y Luis Rafael Vergara Padilla Quintero, radicado N° 2007 – 00107, actor Carlos Humberto Ronderos Izquierdo.

VII. CONSIDERACIONES

"Como en el caso sub lite, el recurrente se limita exclusivamente a controvertir la decisión del tribunal de declarar prescritas las mesadas anteriores al año 2003, so pretexto de que la prescripción consagra en el artículo 155 del decreto 1212 de 1990, cuatro años, había sido modificada a tres años, con fundamento en lo estipulado en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, la sala en lo pertinente, procederá a efectuar el estudio de este cargo, teniendo en cuenta que fue el único punto sobre el cual alegó el demandante en la sustentación del recurso.

Para llegar a una decisión respecto del conflicto planteado esta corporación realizara el siguiente análisis:

Mediante el decreto 1212 del 8 de junio de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional, el Presidente de la República de Colombia en uso de sus facultades extraordinarias que le confiere la ley 66 de 1989, para reformar los estatutos y el régimen prestacional del personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y Civiles del Ministerio defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, en el artículo 155 se establece que los derechos prestacionales allí consagrados, prescriben en cuatro (4) años que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. Según términos de la citada norma "el reclamó escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual."

(...)

Ahora bien, en desarrollo de la ley 923 del 30 de diciembre de 2004, el Presidente de la república, expidió el decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, mediante el cual fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública y en el artículo 43 dispuso: "prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones revistas en el presente decreto prescriben en **tres (3) años** contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles." Negrillas de la sala.

De la lectura atenta de la ley 923 de 2004, se tiene que si bien es cierto por medio de ésta, se señalaron las normas, objetivos y criterios que debería observar el gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución política, también lo es que en ningún aparte de la misma se desarrolló el tema de la prescripción, aparentemente reglamentado por el Decreto 4433 de 2004, en mención.

De conformidad con el numeral 11 del artículo de 189 de la carta política actual, presidente de la república, tiene asignada la potestad reglamentaria exclusiva, que lo facultad para reglamentar las leyes, con sujeción a la constitución y al contenido del mismo de la ley que se va a reglamentar, ese poder de reglamentación se reconoce en orden a desarrollar la ley para su correcta aplicación, cumplida ejecución y desenvolvimiento, facilitando su inteligencia, debido para ello obrar dentro de los límites de su competencia, sin sobrepasar,

ni limitar, ni modificar los parámetros establecidos en aquella, pues lo contrario, implicaría extralimitación de funciones y se continuaría en una invasión al campo del legislador.

De modo que el presidente de la República, al encontrarse ante una ley, puede dictar normas también generales como la ley, respetando esta última, pero que concrete más su contenido, con el fin de facilitar o hacer posible su aplicación práctica; normas que reciben el nombre de **decretos Reglamentarios**.

Respeto del poder reglamentario esta corporación en anteriores oportunidades ha sostenido que "... si bien el poder reglamentario está implícito en la necesidad y la obligación del gobierno de hacer cumplir las leyes, como antes se anotó, su legitimidad deriva siempre de la ley reglamentada en donde encuentra sus límites naturales sin que pueda el presidente de la República pretender sustituir la ley, para buscar una aplicación conveniente a través de reglamento. En manera alguna la constitución le otorgó al presidente de la República la función de "arreglar la ley" para modificar, limitar o extender su contenido a situaciones no previstas en ella o para hacer producir efectos distintos a los en ella señalados; pues la atribución de dictar la ley, o de modificar la preexistente, es labor legislativa que en tiempo de paz solo compete al congreso de la república como órgano legislativo, según lo indica la constitución política en su artículo 150..."

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que mal podía el tribunal dar aplicación a la modificación de la prescripción establecida en el Decreto 4433 de 2004, **cuando el presidente de la república, so pretexto de reglamentar la ley, excedió los términos de la misma, es decir cuando la legitimidad del Decreto se deriva de la ley que reglamentaba, Razón por la cual es claro que debe seguir dándosele aplicación al Decreto ley 1212 del 8 de junio de 1990, mediante el cual el presidente de la república de Colombia en uso de las facultades extraordinarias que le confiere la ley 66 de 1989, reforma el estatuto del personal y suboficial de la policía,**

Señor Juez, como se desprende de la anterior jurisprudencia emitida por el órgano de cierre de la Jurisdicción Administrativa el artículo 43 del Decreto 4433 no es aplicable a los miembros de la Fuerza Pública, por las razones expuestas en el fallo que se transcribe.

LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE NIEGAN LA RELIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES PERIÓDICAS NO TIENEN CADUCIDAD

Señor Juez, de conformidad con el artículo 164 literal C), de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, los actos administrativos que reconocen, así como los que niegan el reconocimiento de prestaciones periódicas, llámese pensiones o reliquidación de las mismas, pueden ser demandados en cualquier tiempo, es decir *no opera el fenómeno de la caducidad*.

IX. COMPETENCIA

El Distrito Judicial Administrativo **DEL CAUCA**, es competente para conocer de este asunto en primera instancia por la cuantía y naturaleza del asunto y por factor territorial por cuanto el señor **ROYMER CARABALI VIVEROS**, tuvo como último lugar de trabajo el **BATALLON DE COMBATE TERRESTRE N° 57 EN JAMBALO**, de conformidad con lo establecido en el artículo 155, 156 Y 157 del CPACA.

X. ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA

De conformidad con el artículo 157 del CPACA la cuantía de la presente demanda se estima por valor de **CUATRO MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS (\$4.546.238) M/CTE (sin indexación)**; esta cuantía resulta del análisis comparativo de la mesada pensional recibida por el demandante en cada uno de los años, comparándola con la que debió de recibir, motivo de litigio; si la CAJA DE RETIRO DE

LAS FUERZAS MILITARES, en los últimos años, hubiera computado en la liquidación de la asignación de retiro la partida de subsidio familiar en el porcentaje que tenía reconocido mi poderdante al momento del retiro y no un 30% de lo percibido.

La diferencia existente entre la mesada pagada y la mesada que se ha debido pagar, se multiplica por catorce (14), que es el número de mesadas anuales a que tiene derecho mi poderdante, resultado que arroja el monto anual dejado de pagar y la sumatoria año por año, nos da la cuantía materia de esta demanda.

Con el fin de ilustrar en mejor forma al Señor Juez, a continuación se presenta el cuadro demostrativo de este análisis:

AÑOS	ASIGNACIÓN CON SUBSIDIO DEL 30%	ASIGNACIÓN CON SUBSIDIO DEL 62.5%	DIFERENCIA MENSUAL	NUMERO DE MESADAS	SUMATORIA ANUAL
2016	1.116.779	1.358.088	241.305	6	1.447.830
2017	1.194.954	1.453.154	258.201	12	3.098.408
					4.546.238

EXPLICACIÓN DEL CUADRO

- **Primera columna:** Relación de los años en reclamación.
- **Segunda columna:** Asignación de Retiro pagada en el respectivo año con el cómputo del subsidio familiar del **30%** de lo que tenía reconocido al momento del retiro, es decir el 18,75% de la asignación básica.
- **Tercera columna:** Asignación de retiro esperada incluyendo la partida subsidio familiar computando el 100% del porcentaje que venía ganado al momento del retiro el 62,5% de la asignación básica.
- **Cuarta columna:** Diferencia mensual en pesos entre la asignación de retiro computando el 30% de lo que tenía reconocido como subsidio familiar y la asignación de retiro computando el 100% del subsidio familiar, en un **62,5%** de la asignación básica.
- **Quinta columna:** Número de mesadas recibidas en el respectivo año
- **Sexta columna:** Consolidado los valores anuales dejados de cancelar o acumulado anual pendiente de pago, que resulta de multiplicar la diferencia mensual entre las mesadas comparadas, por el número de mesadas recibidas al año (14) En la última casilla de esta columna esta la sumatoria de los diferentes años que nos da la cuantía a reclamar.

XI. JURISPRUDENCIA SOBRE EL TEMA

Con el fin de aportar elementos de juicio que permitan al Despacho proferir sentencia, con el debido respeto me permito relacionar fallos proferidos por el H. Consejo de Estado, sobre similar situación a la de mi poderdante en los cuales se accede a las pretensiones, así:

1. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, CONSEJERO PONENTE: DOCTORA MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO del Once (23) de Julio de dos mil Quince (2015). REF: EXPEDIENTE No AC – 1001-03-15-000-2015-00447-01, ACTOR: BERNARDO MIRANDA OROS.

2. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, CONSEJERO PONENTE: DOCTORA MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ del Once (11) de Diciembre de dos mil Catorce (2014). REF: EXPEDIENTE No AC – 11001031500020140229200, ACTOR: ORLANDO ENRIQUE ORTEGA FLÓREZ.
3. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B" CONSEJERO PONENTE: DOCTOR GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN del diecisiete (10) de Julio de dos mil Catorce (2014). REF: EXPEDIENTE No AC – 11001-03-15-000-2014-01272-00, ACTOR: RAÚL MUSSE PUNCUE.
4. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B" CONSEJERO PONENTE: DOCTORA BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PAZ del diecisiete (17) de Octubre de dos mil trece (2013). REF: EXPEDIENTE No AC – 11001-03-15-00-2013-01821-00, ACTOR: JOSÉ NARCES LÓPEZ BERMÚDEZ.

XII. ANEXOS Y PRUEBAS

Solicito que se tengan como pruebas, la documentación aportada.

1. Poder legalmente conferido con expresas facultades para Demandar.
2. Derecho de petición elevado ante la entidad demandada radicado **20170065549 DE FECHA 02 DE AGOSTO DE 2017**.
3. Acto Administrativo No. **2017-46920 DE FECHA 11 DE AGOSTO DE 2017**, emitido por la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL)** en respuesta del Derecho de Petición motivo de esta Litis, con el cual se agotó la Actuación Administrativa.
4. Certificación expedida por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, donde certifica el último lugar donde presto servicios el señor **ROYMER CARABALI VIVEROS**.
5. Certificación de los porcentajes y partidas computables del señor SLP **ROYMER CARABALI VIVEROS**.
6. Extracto hoja de servicios del señor Soldado Profesional **ROYMER CARABALI VIVEROS**.
7. Copia de la Resolución No. **5180 DE FECHA 28 DE JULIO DE 2016**, expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante la cual se le reconoce la asignación de retiro al señor Soldado Profesional **ROYMER CARABALI VIVEROS**.
8. Solicito respetuosamente a ese despacho que, en el evento de faltar alguna **constancia, certificación o notificación**, que se considere necesaria para el estudio de la presente demanda, se ordene a la demandada allegarlos en su oportunidad.
9. Copias de la demanda con sus respectivos anexos para: archivo, agencia nacional de

defensa jurídica del estado, traslado a la entidad demandada y una para el ministerio público.

XIII. NOTIFICACIONES

DEMANDADA: Al señor Director de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL) con NIT **8999991182**, en la carrera 13 N° 27 – 00 Edificio Bochica. Mezanine, Piso 2 de la ciudad de Bogotá, D. C. Tel. 3537300. Correo para notificaciones judiciales notificacionesjudiciales@cremil.gov.co

DEMANDANTE: Mi poderdante ROYMER CARABALI VIVEROS las recibirá en LA VEREDA SAN ANTONIO, de la ciudad de SANTANDER DE QUILICHAO .

MINISTERIO PÚBLICO: El señor Procurador delegado ante ese Honorable despacho, puede ser notificado en la secretaría de esa Corporación o en la Carrera. 5 No. 19 -34 Oficina 702 de la ciudad de Bogotá. Email: procesosjudiciales@procuraduria.gov.co.

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, las recibirá en la Carrera 7 No 75 - 66 Piso 2 y 3 tel. 2558955 de la ciudad de Bogotá, email procesos@defensajuridica.gov.co

EL SUSCRITO APODERADO: Las recibiré en la secretaría de su despacho o en mi oficina de abogado ubicada en la calle 73 bis N° 26 - 28, en la ciudad de Bogotá, teléfono 7420825 ext. 101 o 105.

De conformidad con el artículo 205 de la ley 1437 de 2011 acepto que la notificaciones relacionados con el presente proceso se hagan a mi dirección electrónico alvarorueda@arcabogados.com.co

Del Señor Juez,


ALVARO RUEDA CELIS
C.C. No. 79.110.245 de Fontibón.
T.P. No. 170.560 HCSJ.