



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, 27 JUN 2016

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: LUIS ERNESTO PÉREZ ALARCÓN

DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL–

EXPEDIENTE: 15001-3333-006-2015-0057

Agotados los ritos propios del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, profiere el Despacho sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda:

El señor **LUIS ERNESTO PÉREZ ALARCÓN**, identificado con cédula de ciudadanía No. 7'126.453 de Aquitania - Boyacá, por medio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., demanda a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"**, con el objeto de que se hagan las siguientes:

1.2. Declaraciones y Condenas

La parte demandante solicita lo siguiente:

1.2.1. Que se declare la Nulidad del Acto Administrativo 2014-31638 del 19 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 la parte actora.

1.2.2. Que a título de Restablecimiento del Derecho se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reajustar la asignación de retiro de la parte actora 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 26 febrero de 2014

1.2.3. Que 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.

1.2.4. Que se Ordene 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).

1.2.5. Que se ordene a la Entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en Derecho.

1.2.6. Que se ordene 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.

1.2. Fundamentos Fácticos

Como sustento de las pretensiones el apoderado de la accionante narra los siguientes hechos:

- ✓ Que el Soldado Profesional LUIS ERNESTO PÉREZ ALARCÓN, prestó sus servicios profesionales en el Ejército Nacional por espacio de 20 años.
- ✓ Que durante el tiempo que el accionante, estuvo en servicio activo como Soldado profesional en el Ejército, en razón a su matrimonio le fue reconocida y pagada una partida de Subsidio familiar que al momento del retiro correspondía al 62,5% de la asignación básica.
- ✓ Que la partida del 62,5% reconocida como Subsidio familiar que percibió en servicio activo le fue reconocida, liquidada y pagada en la liquidación del auxilio de cesantías.
- ✓ Que previo el cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley 923 de 2004 y del

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho; N° 15001-33-33-006-2015-0057
Demandante: Luis Ernesto Pérez Alarcón
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

Decreto Reglamentario 4433 de 2004, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció asignación de retiro al accionante, mediante Resolución No. 1023 del 26 de febrero de 2014.

- ✓ Que en la liquidación de la asignación de retiro del accionante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, no le está computando la partida de subsidio familiar, prestación que tenía reconocida en un porcentaje del 62,5%, al momento de su retiro del Ejército Nacional.
- ✓ Que el accionante presentó derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares solicitando la inclusión como partida subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro, en el porcentaje que tenía reconocido al momento del retiro del Ejército Nacional, radicado N° 20140048211 del 08 de mayo de 2014.
- ✓ Que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, dio respuesta al derecho de petición negando la inclusión de la partida subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro del accionante mediante acto administrativo No. 2014-31638 del 19 de mayo de 2014.

1.2. Normas Violadas y Concepto de Violación

En la demanda se invoca la violación de las siguientes normas:

- De carácter Constitucional: Preámbulo, Artículos 1, 4, 13, 42 y 53 de la Carta Política.
- De carácter legal: Artículos 2 y 2.7 de la Ley 923 de 2004, artículos 2 y 5 del Decreto 4433 de 2004.

Como concepto de violación el apoderado de la parte actora arguye que la entidad accionada da un tratamiento desigual en el momento en que liquida las asignaciones de retiro, pues incluye la partida de subsidio familiar para oficiales, suboficiales, agentes de policía y personal civil que labora en el Ministerio de Defensa y lo niega para los soldados profesionales, que al igual que los anteriores tenían reconocida esta prestación al momento de su retiro, esta desigualdad la sustentan en la aplicación de las disposiciones consignadas en la Ley 923 de 2004 y el Decreto Reglamentario 4433 de 2004 que rigen el ordenamiento pensional para los integrantes de la Fuerza Pública, normatividad que no contempla la partida de subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro de los

soldados profesionales; sin embargo desconoce la entidad que al dar aplicación a esta norma se está en abierta contradicción con los preceptos constitucionales, por lo que solicita al Despacho se ordene a la demandada inaplicar el artículo 16 del Decreto 4433 en razón a que su aplicación conlleva la violación de derechos fundamentales como el de la igualdad y el de protección integral del núcleo familiar.

II. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue radicada el día 24 de marzo de 2015 ante la Oficina de Apoyo a los Juzgados Administrativos y repartida a éste Despacho (fls. 1 y 25)

Posteriormente fue admitida mediante auto del veinticuatro (24) de junio de dos mil quince (2015) (fls. 40-41), ordenándose la notificación personal de la entidad demandada, actuación que se llevó conforme a la Ley, según se acredita a folios 46 a 51 del expediente.

Efectuado lo anterior, se corrió traslado de la demanda en los términos prescritos por el inciso 5° del artículo 199 del CPACA -modificado por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012- y el artículo 172 de la Ley 1437 de 2011 (fls. 52). Posteriormente se corrió traslado de excepciones de conformidad con el artículo 175 parágrafo 2 del C.P.A.C.A (FL. 71). Así, transcurrido tal término, mediante auto del quince (15) de diciembre de dos mil quince (2015) se fijó la fecha para la realización de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del citado estatuto de lo contencioso administrativo (fls. 73-74).

Tal diligencia se llevó a cabo el día once (11) de febrero de dos mil dieciséis (2016), según consta en el acta que reposa de folios 76 a 83 del expediente, y de la cual puede destacarse que hubo necesidad de decretar medios de prueba para el esclarecimiento de los supuestos fácticos.

En consecuencia, el día seis (06) de abril de dos mil dieciséis (2016), se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 181 del CPACA para incorporar y practicar los medios de prueba decretados en la audiencia inicial (Fls. 114-118), de la cual se observa que fue necesario insistir en las pruebas decretadas en audiencia inicial, para lo cual se fijó fecha para la reanudación de la audiencia de pruebas, para el día tres (03) de mayo de dos mil dieciséis (2016) en la cual se dio por finalizada la etapa probatoria y se ordenó la

*Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Turja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2015-0057
Demandante: Luis Ernesto Pérez Alarcón
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"*

presentación por escrito de los alegatos de conclusión, al considerar que en el presente asunto era innecesario llevar a cabo la Audiencia de Alegaciones y Juzgamiento de que trata el artículo 182 del CPACA., (fls. 164-166).

2.1. Contestación de la demanda.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares por intermedio de apoderado manifiesta oponerse a todas las condenas solicitadas, toda vez que al accionante se le reconoció la asignación de retiro de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y de acuerdo a lo dispuesto en la hoja de servicios militares del actor, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 234 y 235 del Decreto Ley 1211 de 1990. Así mismo, propone como excepciones las siguientes:

- ✓ Legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes: Afirma que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, es un ente de carácter público de orden nacional, encargado de reconocer y para las asignaciones de retiro y pensión de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho, con sujeción a la normatividad aplicable y vigente a la fecha de reconocimiento.
- ✓ Inexistencia de fundamento jurídico para la inclusión del subsidio familiar como partida computable: Indica que a partir de la expedición de la Ley 923 de 2004 y su Decreto Reglamentario 4433 del mismo año se dio la oportunidad a los soldados profesionales de acceder a una asignación de retiro, normatividad que para efectos del reconocimiento consagra los parámetros, condiciones y porcentajes que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento, así mismo establece de manera expresa la forma de reconocer la asignación de retiro sin entrar a contemplar ni siquiera la posibilidad de factores adicionales, por tanto la entidad para el respectivo reconocimiento se ajusta estrictamente a las partidas señaladas, en la cuales no está consagrada expresamente el subsidio familiar como partida computable dentro de la asignación de retiro para los soldados profesionales.
- ✓ No configuración a la violación del derecho a la igualdad: Arguye 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 en el presente caso, por cuanto fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación

de retiro a través del Decreto 4433 de 2004, por tanto en el evento en 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 la entidad le está vedado efectuar interpretaciones de las mismas o hacerlas extensivas a personal para el cual no fueron establecidas.

2.2. Pruebas:

- ❖ Cédula de ciudadanía del accionante. (fl. 26)
- ❖ Derecho de Petición radicado ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares bajo el consecutivo No. 2014-0048211 del 08 de mayo de 2014. (fls. 28-30)
- ❖ Respuesta al derecho de Petición, bajo el radicado No. 2014-31638. (fl. 31)
- ❖ Copia auténtica de la Hoja de servicios N°.3-7126453 del 23-01-2014. (fls. 32-33)
- ❖ Copia auténtica de la Resolución No. 1023 del 26 de febrero de 2014, por medio de la cual se ordena el reconocimiento de la asignación de retiro al señor SP ® LUIES ERNESTO PÉREZ ALARCÓN. (fls. 34-35)
- ❖ Certificado de partidas computables expedido por la Caja de retiro de las Fuerzas Militares. (fl. 36)
- ❖ Certificación de la última unidad en donde el accionante4 prestó sus servicios. (fl. 37)
- ❖ Copia auténtica del expediente administrativo del accionante. (fls. 65-70, 97-110, 121-156)
- ❖ Oficio No. 20165590560991: MDN CGFM CE-JEDEH-DIPER-EJP; en el cual se indica que el accionante en servicio activo percibió el 4% del sueldo básico como partida de subsidio familiar. (fl. 176)

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2015-0057
Demandante: Luis Ernesto Pérez Alarón
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

2.3. Alegatos de conclusión

Transcurrido el término concedido por el despacho para que presentaran sus alegatos de conclusión, únicamente la parte demandante presentó escrito de alegatos en los siguientes términos:

El apoderado de la parte actora en su escrito de alegatos indica que los mismos corresponden a "*alegatos de segunda instancia*", entiende el despacho que por error de digitación el apoderado se equivocó y los alegatos presentados corresponden a la esta instancia.

Indica el apoderado del actor que a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado dentro de la oportunidad legal, el accionante demandó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, con el fin de que se declare la nulidad del acto administrativo a través del cual se negó el computo del Subsidio Familiar como partida para la liquidación de la asignación de retiro, ya que esta prestación le fue reconocida y pagada en porcentaje del 62.5% por su núcleo familiar hasta el momento de su retiro.

Solicita al despacho al momento de proferir fallo, se tenga en cuenta los derechos fundamentales estatuidos en la constitución política, que están por encima de las normas expedidas por cualquier autoridad, hasta el punto que faculta a la administración, para que cuando se esté ante un hecho contrario al espíritu de la constitución la norma debe ser inaplicada.

Refiere que como se encuentra documentado en la demanda, el accionante venía percibiendo hasta el momento de su retiro del Ejército Nacional la partida de subsidio familiar, en razón a su condición de casado con un hijo, siendo esta una protección que el legislador creó para los trabajadores para atender las contingencias propias del matrimonio y del cuidado de los hijos.

Solicita el apoderado de la parte actora que no es solamente la inclusión de la partida de subsidio familiar sino el respeto por su familia ya que al no incluirle la partida están desconociendo por completo el derecho que tiene su núcleo familiar a vivir dignamente, buscando un mejor vivir y respetando el derecho de los niños a que tengan alimentación, vestuario, educación, bienestar que son el mínimo vital de las familias.

Finalmente solicita el apoderado de la parte actora que al momento de proferir sentencia se concedan las pretensiones solicitadas y con ello garantizar la vigencia del Estado Social de Derecho en su protección a la familia y a los derechos adquiridos y se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a que en la liquidación de retiro del actor se tenga en cuenta como partida computable el subsidio familiar en el porcentaje que tenía reconocido al momento de su retiro.

III. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad todas las demás etapas correspondientes al proceso ordinario sin que se observen causales de nulidad de lo actuado, es el momento de proferir la decisión que merezca la litis.

3.1. Cuestiones previas.-

3.1.1. Pruebas obrantes en copias simples dentro del *sub lite*.-

Sobre este particular, manifiesta el Despacho que a las mismas se les dará pleno valor probatorio, por cuanto éstas fueron debidamente incorporadas al expediente, sin que las mismas fueran en momento alguno controvertidas o tachadas por la respectiva parte contraria.

La anterior aclaración se efectúa dado que, de conformidad con el inciso uno del artículo 215 del CPACA, se debía presumir salvo prueba en contrario, que las copias simples tendrían el mismo valor de la original cuando no hubiesen sido tachadas de falsas, no obstante, a partir de la promulgación de la Ley 1564 de 2012 (Código general del Proceso), es decir el día 12 de julio del año 2012, el inciso primero del mencionado artículo 215 fue derogado¹.

3.2. Problemas Jurídicos.

Corresponde al despacho determinar la legalidad del acto administrativo demandado y establecer si es procedente reajustar la asignación de retiro del demandante quien fungió

¹ Ver el artículo 626

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2015-0057
 Demandante: Luis Ernesto Pérez Alarcón
 Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

como soldado profesional del Ejército Nacional, incluyendo como partida computable el Subsidio Familiar.

Por lo anterior se deberá establecer:

¿Si la diferencia de tratamiento respecto a la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la Asignación de Retiro en el personal de oficiales, sub oficiales y soldados de las Fuerzas Armadas, quebranta el principio de igualdad?

3.2.1. Argumentos y Sub argumentos que resuelven el problema jurídico planteado.

Para resolver los problemas jurídicos planteados el despacho resolverá los siguientes ítems: i) i) Partida de Subsidio Familiar para los Soldados Profesionales; ii) Naturaleza Jurídica del Subsidio Familiar; iii) vulneración del principio de igualdad de los soldados profesionales en materia prestacional iv) de los descuentos para los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y; v) Caso Concreto

3.2.2. Partida de Subsidio Familiar para los Soldados Profesionales.

El Subsidio Familiar para los soldados profesionales se creó con el Decreto 1794 de 2000, sin embargo no se hizo la precisión de si éste reconocimiento se efectuaría para los soldados profesionales en servicio activo, o para los retirados del servicio, así lo vemos en el artículo 11 que dispone:

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. (Negritas fuera de texto)

El anterior artículo posteriormente fue derogado por el Decreto 3770 del 25 de septiembre de 2009, haciendo la precisión que se tendría beneficio al subsidio familiar sólo en servicio activo, el mencionado artículo estableció lo siguiente:

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho; N° 15001-33-33-006-2015-0057

Demandante: Luis Ernesto Pérez Alarcón

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

“ARTÍCULO 1. Derogase el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000

PARÁGRAFO PRIMERO. Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Aclarase que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual”. (Negrilla y subrayas del Despacho)

De conformidad con lo anterior, el beneficio de percibir el Subsidio familiar únicamente tendría vigencia hasta el momento del retiro, es decir que se terminaba esta partida al momento del reconocimiento de la asignación de retiro.

Posteriormente se expidió el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014, por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales, en el cual se dispone en el artículo 1º que:

“(…) Créase el Subsidio a partir del 1º de julio de 2014, para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las fuerzas Militares en servicio activo, que no perciben el subsidio familiar regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, (…)

(Negrilla fuera de texto)

En el referido Decreto en el artículo 5º se dispuso que ***“(…) a partir de julio de 2014 se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación retiro y pensión de invalidez de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares”***, de tal suerte que si bien este decreto reglamenta lo pertinente a la Partida de Subsidio Familiar, lo hace a partir del 1º de julio de 2014 y dejando por fuera de esta regulación a los soldados profesionales que percibieron el subsidio Familiar de conformidad con los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009.

3.2.3. Naturaleza Jurídica del Subsidio Familiar.

El H. Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección "A" - Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN - Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil nueve (2009) - Radicación número: 25000-23-25-000-2004-09478-02(2504-07) - Actor: Luis Alberto Rincón Ochoa - Demandado: Ministerio de Defensa - Fuerza Aérea Colombiana, hace la precisión acerca de la Naturaleza del Subsidio Familiar en los siguientes términos:

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tuzja
 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2015-0057
 Demandante: Luis Ernesto Pérez Alarcón
 Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

“SUBSIDIO FAMILIAR - Naturaleza jurídica y normatividad / SUBSIDIO FAMILIAR - Definición. Finalidad

(...). De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1° y 2° de la Ley 21 de 1982, el subsidio familiar se define de la siguiente manera: **“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.** Parágrafo. Para la reglamentación, interpretación y en general, para el cumplimiento de esta Ley se tendrá en cuenta la presente definición de subsidio familiar.”. **“ARTICULO 2o. El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso”. Se tiene entonces, que el referido subsidio fue concebido por la Ley, como una prestación social, que beneficia a las personas de bajos ingresos, con destino a quienes dependen de ellas y con el fin de proteger la familia. En este sentido debe tenerse en cuenta lo que sobre el subsidio familiar, ha considerado la Corte Constitucional, quien sostiene que ostenta una triple condición: la de prestación legal de carácter laboral, la de mecanismo de redistribución del ingreso y la de función pública desde la óptica de la prestación del servicio. Es claro entonces, que se trata de una prestación social cuya finalidad, es solventar las cargas económicas del trabajador beneficiario, con el objetivo fundamental, de proteger de manera integral a la familia como núcleo básico de la sociedad. El subsidio familiar puede otorgarse en dinero, es decir, en una cuota monetaria que se paga por cada persona a cargo, por la cual el beneficiario tiene derecho a la prestación; en especie, como reconocimiento de alimentos, vestido, becas de estudio, textos escolares, medicamentos y demás frutos o géneros diferentes al dinero que determine la Ley; y en servicios, que se reconoce a través de las obras y programas sociales que organizan las Cajas de Compensación Familiar dentro del orden de prioridades contemplado en la Ley. (Negrilla y Subrayas del Despacho)**

Es claro que el subsidio familiar fue creado con la finalidad de establecer un soporte monetario a aquellas personas que devengaban salarios bajos, con el fin de garantizar el sostenimiento de la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

3.2.4. Vulneración del derecho de igualdad de los soldados profesionales en materia prestacional

La parte demandante plantea un desconocimiento al principio de igualdad, el cual se vislumbra entre tres grupos de personas, **oficiales, suboficiales y soldados profesionales**, en lo referente a la inclusión del **subsidio familiar como partida para la liquidación de la asignación de retiro**; al respecto es del caso hacer las siguientes precisiones.

Es reiterada y abundante la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el sentido de precisar que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador introduzca regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferenciación se ajuste a los preceptos constitucionales. Así, en diferentes

oportunidades, abordando distintos tipos de cuestiones, la Honorable Corporación ha dicho que:

“(…) se considera que un trato diferente no implica automáticamente una violación de la igualdad, siempre y cuando el Estado persiga objetivos constitucionales legítimos, y la diferencia de trato constituya un medio adecuado, proporcionado y razonable para la consecución de tal objetivo. Pero si dicho trato diferente no está justificado, tal actuación contraviene el ordenamiento superior, y que “no toda diferencia en el trato que se otorga a un grupo de empleados frente a otro constituye discriminación; si la diferencia en cuanto a la remuneración obedece a distinta cantidad de trabajo, a las condiciones en que uno y otro grupo labora, o a calificaciones y situaciones personales diversas, la diferencia salarial no puede calificarse como discriminatoria, pues tiene como base una o más diferencias objetivas y relevantes entre los miembros de uno y otro de los grupos de trabajadores comparados. También ha dicho que “Es conveniente anotar que no toda diferencia de trato conduce inevitablemente a la vulneración del derecho a la igualdad, haciéndose indispensable entonces, distinguir en cada caso concreto, sujeto a la consideración de los jueces de tutela, entre las diferencias que se hallan razonables y objetivamente fundadas y la discriminación que carezca de la aludida justificación, la cual se traduce en una conducta arbitraria e injusta que contradice la dignidad humana y obviamente la igualdad y que “El trato diferenciado en dos situaciones de hecho distintas se justifica. La doctrina y la jurisprudencia, han planteado que un trato diferenciado no constituye una discriminación, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: primero, que los hechos sean distintos; segundo, que la decisión de tratarlos de manera diferente esté fundada en un fin aceptado constitucionalmente; y tercero, que la consecución de dicho fin por los medios propuestos sea posible y además adecuada”²².

En aplicación del referente jurisprudencial, el Despacho evidencia que los tres grupos de personas, **oficiales, suboficiales y soldados profesionales**, hacen parte de las fuerzas militares, y si bien los tres pueden ser diferentes jurídicamente, en cuanto rango, jerarquía, funciones, valor de asignación básica y porcentajes en algunas partidas, etc.; no por ello, merecen un trato diferenciador en lo que atañe a los beneficios y alivios creados en torno a la familia como núcleo fundamental de la sociedad; pues, respecto de éste tópico no hay diferencia alguna que pueda ser aplicada, máxime cuando se reconoce tal connotación a todos por igual en servicio activo, sin importar el porcentaje, precisamente por encontrarse estructurado el imperativo de la necesidad cuando existe la familia, la que no desaparece por el hecho de adquirir el status de retirado; por lo tanto, no es aceptable desde el punto de vista constitucional, que el subsidio familiar sea devengado por los soldados profesionales solamente hasta su retiro, mientras que oficiales y suboficiales sí pueden seguir percibiéndolo.

Al respecto el H. Tribunal Administrativo de Boyacá en un caso de iguales pretensiones dijo:

“(…) de conformidad con la jurisprudencia constitucional, se extrae que los preceptos que comprenden la viabilidad de un trato disímil son los siguientes: (i) que las personas sujetas al

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2015-0057
 Demandante: Luis Ernesto Pérez Alarcón
 Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad, que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que persigue y el trato desigual que se otorga tenga racionalidad interna y, (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente las circunstancias de hecho y la finalidad.

En efecto, al observar la distinción planteada por el Decreto 4433 de 2004, entre los miembros de las Fuerzas Militares, concluye la Sala que los presupuestos que posibilita la aplicación de esta praxis diferencial, no se llevan a cabo en el sub examine, toda vez que en relación al subsidio familiar, este es devengado en servicio activo tanto por los oficiales y sub oficiales, así como por los soldados profesionales quienes en conjunto cumplen con la misión dispuesta en el artículo 217 constitucional.

De igual forma, no se advierte que el trato planteado distintamente a los miembros de la Fuerzas Militares, consulte valores y principios constitucionales, máxime cuando hasta este momento se avista contrariedad con estos.

En relación con el ítem de racionalidad interna, se concluye la discordancia existente entre el objetivo y finalidad del subsidio familiar y la forma de aplicación en el caso de los miembros de las Fuerzas Militares, por cuanto la naturaleza de este subsidio se enfoca en la asistencia a los empleados de medianos y menores ingresos, con el objetivo fundamental de aliviar las cargas económicas que conlleva el sostén de la familia, como núcleo básico de la sociedad. Es así como su proyección se enfocaría en los empleados de menores ingresos; sin embargo, contradictoriamente esto no sucede en el caso de las Fuerzas Militares.

Por consiguiente, **resulta absurdo que los soldados profesionales perciban la prestación social en comento, como parte de sus derechos laborales, pero a la hora de la liquidación de su asignación de retiro equiparable a la pensión en el caso de los otros empleados públicos, ésta no les sea tenida en cuenta., cuando a los oficiales y suboficiales que devengan un mejor salario y mejores prestaciones si se les incluye;** situación que además a todas luces se exhibe como contrapuesta al principio de proporcionalidad.

Así las cosas, determina esta Sala que el trato diferencial delineado respecto al subsidio familiar por los miembros de las Fuerzas Militares, esto es oficiales, suboficiales y soldados profesionales, resulta contrario del principio constitucional a la igualdad

Ahora bien, en el sub lite, el actor devengó como haberes en la última nómina los siguientes conceptos: sueldo básico, subsidio familiar, prima de antigüedad, bonificación orden público y el seguro de vida (fl.31)

En consecuencia, advertido como está el pago del subsidio familiar del demandante y la acreditación de su calidad de esposo y padre de un menor, según consta en la hoja de liquidación obrante a folios 31 a 32 del expediente, este Tribunal considera acertado que en virtud de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4º de la Constitución Política; y al artículo 148 del C.P.A.C.A., se ordene inaplicar el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que impide sea computable otro subsidio al dispuesto para los miembros de las Fuerzas Militares, de conformidad con las razones expuestas en precedencia, por lo que en este aspecto se confirmará la sentencia apelada.³"

En igual sentido el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, en providencia del 9 de marzo de 2016, Magistrada Ponente: Ana Yasmín Torres Torres se indica que:

³ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión N° 6, Sentencia del 09 de marzo de 2016, M.P. Dra. Ana Yasmín Torres-Torres, Expediente: 15238-33-33-752-2014-00185-01

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Taja
 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2015-0057
 Demandante: Luis Ernesto Pérez Alarcón
 Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

"(...) a pesar de que la norma que regula el régimen de pensiones y asignaciones de retiro del personal de la Fuerzas Pública, excluyó el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, tal determinación normativa resulta violatoria del derecho de igualdad, con respecto de los suboficiales a quienes se les permite la inclusión de dicho concepto dentro de su asignación de retiro; además de que va en contravía de la especial protección que merece la familia y de los postulados del Estado Social de Derecho. (Negrilla fuera de texto)

En consecuencia, atendiendo al artículo 4° de la Constitución Política que impone que en el caso de incompatibilidad entre la constitución y la Ley u otra norma jurídica se aplicaran de preferencia las disposiciones de contenido constitucional, se declarará por vía de excepción la inaplicabilidad del numeral 13.2 y el párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 por inconstitucionales".

Lo anterior tiene pleno respaldo en la jurisprudencia emanada desde el H. Consejo de Estado, en la que se ha analizado esta misma situación a la luz del principio de igualdad, veamos:

*"No es desconocido para la Corporación el tema bajo análisis, en atención a que en varias oportunidades se ha sentado pronunciamiento frente a la clara vulneración del derecho a la igualdad, consignado en el artículo 13 de la C.P., frente al reconocimiento de subsidio familiar a aquellos oficiales y suboficiales que devengan asignaciones superiores a los soldados profesionales, situación que de por sí desdibuja la finalidad del auxilio, que fue concebido como un apoyo para el sostenimiento de las personas a cargo en consideración a los ingresos percibidos, así quedó definido en el artículo 1 de la Ley 21 de 1982... **En este orden de ideas, el subsidio familiar hace parte del ingreso base de liquidación de la asignación de retiro para los Oficiales y Suboficiales, pero no para los Soldados Profesionales, cuyas partidas computables son el salario mensual y la prima de antigüedad; preceptiva legal que al tenor de lo expresado en el artículo 13 de la C.P., se comporta inconstitucional al amparar el goce del auxilio frente a quienes devengan asignaciones superiores, lo que desdibuja la finalidad con la que se concibió el subsidio familiar, como medio de redistribución de los ingresos con beneficio a las personas cuya capacidad salarial no cubre las contingencias de su núcleo familiar... En suma... al quedar evidenciado que la decisión prohibida por las autoridades judiciales accionadas si bien fueron acertadas en cuanto a los referentes legales que rigen el tema de la asignación de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares, si incurrieron en error al no aplicar la excepción de inconstitucionalidad por violación del derecho a la igualdad, al desconocer el Decreto 4433 de 2004 como factor de liquidación de retiro de los soldados profesionales, el subsidio familiar, cuando conserva la prerrogativa frente a oficiales y suboficiales, circunstancia que desconoce la finalidad del auxilio en los términos expresados. En vista de lo anterior, se tutelará el derecho fundamental a la igualdad del actor... inaplicando por inconstitucional en este caso, la disposición que excluye el subsidio familiar como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales."** (Negrilla fuera de texto)*

Así las cosas, establecer un beneficio en favor de quienes devengan asignaciones superiores desdibuja la finalidad con la que se concibió el subsidio familiar y no constituye un tratamiento diferenciado, proporcionado, razonable y adecuado a la luz de la jurisprudencia constitucional.

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 17 de octubre de 2013, Exp. N° AC-11001-03-15-000-2013-01821-00, Consejero Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2015-0057
 Demandante: Luis Ernesto Pérez Alarcón
 Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

Aunado a ello, es palmario que en tratándose de los beneficiarios del subsidio familiar, se pone en juego el derecho a la seguridad social, derecho que adquiere el carácter de fundamental y prevalente, circunstancias frente a las cuales es de bulto el desconocimiento de los derechos constitucionales de la familia fundamentalmente de los niños, los cuales gozan de una protección especial, que no puede ser desconocida tras el acaecimiento de un status, para el caso, retirado – pensionado.

3.2.5. De los descuentos para aportes al sistema de Seguridad Social en Pensiones:

El H. Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, en sentencia del 19 de febrero de 2016, Sala de Decisión No. 3, con ponencia de la Magistrada Clara Elisa Cifuentes Ortiz, Exp.: 2014-096-01, realizó un análisis en torno al criterio sustentado por el Consejo de estado frente al tema de los descuentos a los aportes del Sistema de Seguridad Social, en el cual concluyó que la naturaleza jurídica de las cotizaciones de los afiliados al Sistema de Seguridad Social, se constata que estas constituyen una obligación de carácter parafiscal, en tanto que son producto de la soberanía fiscal de Estado y tienen destinación específica, cuyo pago es de carácter obligatorio e ineludible⁵.

Refiere el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá que se debe tener presente la Sentencia C-711 de 2001 de la Corte Constitucional, con ponencia del Dr. Jaime Araujo Rentería, en la cual se expone lo siguiente:

"(...) Poniendo en un extremo los elementos que anuncian la parafiscalidad, y en el otro los aporte para salud y pensiones, se tiene: 1) los mencionados aportes son de observancia obligatoria para empleadores y empleados, teniendo al efecto el Estado poder coercitivo para garantizar su cumplimiento; 2) dichos aportes afectan, en cuento sujetos pasivos a, empleados y empleadores, que a su turno conforman un específico grupo socio-económico; 3) el monto de los citados aportes se revierte en beneficio exclusivo del sector integrado por empleadores y empleados. Consecuentemente ha de reconocerse que los aportes a salud y pensiones son de naturaleza parafiscal" (Negritillas fuera de texto)

Al respecto, el referido artículo 54 de la Ley 383 de 1997, "Por la cual se expiden normas tendientes a fortalecer la lucha contra la evasión y el contrabando, y se dictan otras disposiciones" dispuso que las normas de procedimiento, sanciones, determinación, discusión y cobro contenidas en el Libro Quinto del Estatuto Tributario Nacional, son

⁵ Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, demandante: ANA BEATRIZ SUELTA FIGUEROA, Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-; Expediente: 15238-3331703-2014-00096-01

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Taja
 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2015-0057
 Demandante: Luis Ernesto Pérez Alarcón
 Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

aplicables a la administración y control de las contribuciones y aportes inherentes a nómina del sector privado así como el público. Allí, se incluyen o ubican los aportes destinados al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Ahora bien, en el artículo 817 del estatuto referido, están contenidas las disposiciones sobre la extinción de la obligación, en la cual se establece que la acción de cobro prescribe en el término de cinco (5) años.

Agregó que en virtud del artículo 817 que la acción de cobro de las obligaciones fiscales, prescribe en el término de cinco (5) años, contados a partir de la fecha en que se hicieron legalmente exigibles, por lo que concluyó que, transcurridos cinco (5) años a partir de la fecha en que se generó la obligación de realizar las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, esta prescribía y su pago, no podía ser exigido, advirtiendo a la naturaleza parafiscales de estas últimas.

De acuerdo a lo Señalados los artículos 20, 22, 161 y 204 de la Ley 100 de 1993, el empleador está obligado a efectuar sus aportes y los de sus trabajadores. Si no lo hace, la entidad administradora del sistema puede cobrarlos a través del procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

En el mismo sentido el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá en sentencia del hueve (09) de marzo de dos mil dieciséis (2016) indicó:

"(...) De todo lo anterior, determina la Sala que a pesar de que la pensión surge como consecuencia del aborro mediante los aportes, no lo es menos que si se incumplió la obligación de realizarlos respecto de algunos factores salariales, ésta prescribe. Entonces, el deber de cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones correlativo al derecho de percibir la pensión, debe interpretarse de forma sistemática con las normas que regulan el pago, la exigibilidad y la extinción de las obligaciones parafiscales. Sobre este particular, se destaca que no hay obligaciones imprescriptibles, lo que atentaría contra los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, ordenar su cumplimiento, cuando por el simple paso del tiempo se extinguieron.

Bajo esta óptica, concluye la Sala que si bien la obligación de realizar aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensiones, permanece durante toda la bien labora, ésta —la obligación— es susceptible del fenómeno de la prescripción, y no puede ser cobrada cuando se deja de pagar respecto de algunos factores salariales. Otra será la discusión si no se realizó ninguna clase de aportes, en tanto, el derecho surge por el cumplimiento de ciertas obligaciones mínimas.

Por tanto, en este caso, se ordenará realizar los descuentos sobre el retroactivo durante los últimos cinco (05) años laborados, por prescripción extintiva de la obligación".

De conformidad con lo anteriormente expuesto, este despacho acogerá las nuevas disposiciones adoptadas por el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá y en

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tuxtla
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2015-0057
Demandante: Luis Ernesto Pérez Alarcón
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

consecuencia, se ordenará realizar los descuentos sobre el retroactivo durante los últimos cinco años de vida laboral, por prescripción extintiva de la obligación.

3.3. Caso Concreto

El apoderado de **la parte actora** manifiesta que el accionante tiene derecho a que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al momento de liquidar la asignación de retiro del accionante le tenga en cuenta la partida de subsidio familiar. Refiere que no se entiende porque la entidad accionada 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.

Por su parte, **la entidad demandada**, manifiesta que el demandante no tiene derecho a la inclusión de la partida de subsidio familiar en la asignación de retiro, toda vez que dicho reconocimiento se efectuó de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y de acuerdo a lo dispuesto en la hoja de servicios militares del actor, de conformidad con lo establecido en los artículos 234 y 235 del Decreto Ley 1211 de 1990; normatividad que establece de manera expresa la forma de reconocer la asignación de retiro de los soldados profesionales sin entrar a contemplar ni siquiera la posibilidad de factores adicionales, por tanto la entidad para el respectivo reconocimiento se ajusta estrictamente a las partidas señaladas, en las cuales no está consagrada expresamente el subsidio familiar como partida computable dentro de la asignación de retiro para los soldados profesionales.

Dentro del proceso se encuentran acreditados los siguientes hechos:

- ⊕ Que mediante Resolución N° 1023 del 26 de febrero de 2014, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, ordena el reconocimiento de la asignación de retiro del señor **LUIS ERNESTO PÉREZ ALARCÓN**, Soldado Profesional ® del Ejército Nacional, efectiva a partir del 15 de abril de 2014. (fls. 34-35)
- ⊕ Que la parte actora el día 08 de mayo de 2014 solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares la inclusión de la partida de subsidio Familiar en su asignación de retiro. (fls. 28-30).

Que de conformidad con lo probado en el expediente:

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tuzja

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2015-0057

Demandante: Luis Ernesto Pérez Alarcón

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

⊕ Que la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante oficio N° 2014-31638 del 19 de mayo de 2014, niega la solicitud del accionante. (fl. 31)

⊕ Que la parte actora en servicio activo percibió el subsidio familiar en un porcentaje del 4%, tal y como se observa a folio 32-33, 65 y 124-125, del expediente.

⊕ Que en el Radicado No. 20165590560991: MDN-CGFM-CE-DIPER-EJP, se indica que el porcentaje de subsidio de familia devengado por el actor correspondió a 4%. (fl. 176)

⊕ Que de conformidad a lo probado en el expediente se observa que el demandante se encuentra casado con la señora **BETTY YANILA PEDRAZA RODRÍGUEZ**, con quien tiene un hijo menor de edad, según consta en la Resolución No 1023 del 26 de febrero de 2014.

De lo anterior se logra establecer, que se reconoció a favor de la parte actora asignación de retiro de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en cuantía de:

- 70% del salario mensual (Decreto 5053 de 2009), indicado en el numeral 13.2.1. (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000), y
- 38.5% de la prima de antigüedad.

Ahora bien, de conformidad con el acervo probatorio obrante en el expediente y las normas vigentes, se encuentra plenamente acreditado que el señor **LUIS ERNESTO PÉREZ ALARCÓN**, devengó en servicio activo la partida de Subsidio familiar, la cual generaba sustento para su familia, y que al momento de recibir su asignación de retiro, dicho factor salarial no fue incluido, vulnerándose así la igualdad, y sobre todo la protección económica que le genera sustento a su núcleo familiar, tal como ya quedó argumentado en los apartes que anteceden.

Se concluye entonces, que la parte demandante tiene derecho a la inclusión de la partida de subsidio familiar en su asignación de retiro. Así, de conformidad con la **hoja de servicios No. 3-7126453** que obra a **folios 32-33, 65 y 124-125 del expediente**, el

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2015-0057
 Demandante: Luis Ernesto Pérez Alarcón
 Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

accionante percibió en servicio activo **el subsidio familiar en un porcentaje del 4%**, por ende éste debe ser tenido en cuenta para reajustar su asignación de Retiro; pues de acuerdo con lo probado en el proceso, al liquidarle su asignación de retiro sólo se tuvo en cuenta el **70% del salario mensual (Decreto 3068 de diciembre 30 de 2013), indicado en el numeral 13.2.1. (Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000), y el 38.5% de la prima de antigüedad.**

En conclusión, señala el despacho que se **declarará la nulidad del Acto Administrativo No. 2014-31638 del 19 de mayo de 2014, expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL" junto con la inaplicación, para el caso concreto del parágrafo del artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 y como restablecimiento del derecho se ordenará que se reliquide la asignación de retiro del señor LUIS ERNESTO PÉREZ ALARCÓN, a partir del 15 de abril de 2014 incluyendo como partida computable lo percibido en actividad por concepto de subsidio familiar.**

Es de resaltar, que –como se expuso en acápites anteriores-, la declaratoria nulidad que se resolverá, tiene soporte jurisprudencial en la Corte Constitucional, entre otras, en la Sentencia C-122 de 2011, siendo Ponente el Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, Corporación que, respecto a la Excepción de Inconstitucionalidad, expresó:

"...2.1 La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4° de la Constitución, que establece 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..."⁶. Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto⁷ ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución⁸.

⁶ Los antecedentes de la excepción de inconstitucionalidad se remontan al artículo 40 del Acto Legislativo No 3 de 1910, en donde se disponía que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley debían aplicarse preferentemente las disposiciones constitucionales. También debe tenerse en cuenta el artículo 215 de la Constitución de 1886 en donde se estableció que, "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales". Posteriormente en el artículo 5 de la Ley 57 de 1887 se estableció que, "Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una norma legal, preferirá aquella". Ver sobre el tema el libro de Alexei Julio Estrada, *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución colombiana de 1991*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991, pp. 283 – 288. Igualmente el libro de Natalia Bernal Cano titulado, *La excepción de inconstitucionalidad y su aplicación en Colombia*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2002. También el artículo de Gilberto Augusto Blanco Zúñiga titulado "Comentarios a la excepción de inconstitucionalidad y la excepción de ilegalidad en Colombia", en: *Revista de Derecho de la Universidad del Norte*, No 16, V. 1 2001, pp. 268 – 279.

⁷ Por ejemplo Allan R. Brewer – Carías, en el "Sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela", Bogotá, Universidad Externado de Colombia, *Temas de Derecho Público*, No 39, 1995.

⁸ Es decir que combina la idea de Kelsen de control de constitucionalidad concentrado en una instancia jurídica especializada – Corte Constitucional - y un sistema propio del common law de control difuso en donde cualquier autoridad judicial puede en un caso concreto dejar de aplicar una norma. Kelsen propuso el control de constitucionalidad concentrado en su obra *¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?* También se debe tener en cuenta el control de los actos normativos no legales que se establece en cabeza del Consejo de Estado en Colombia de conformidad con el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución, que establece que corresponde a dicha Corporación conocer de las acciones de inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, atribuyendo a esta entidad el control de los decretos reglamentarios expedidos por el Gobierno Nacional.

2.2 De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto⁹. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución.

2.3 Por este hecho una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercera el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos erga omnes si la norma exceptuada es constitucional o no.

2.4 Teniendo en cuenta lo anterior, considerará la Corte que las excepciones de inconstitucionalidad que proferen las autoridades judiciales, administrativas o los particulares cuando tengan que aplicar una ley, no elimina la posibilidad que tiene la corporación de realizar el control de constitucionalidad de determinado precepto..."

De la manera como la Corte Constitucional lo refiere en precedencia, así deberá entenderse la parte resolutive de esta providencia, especialmente, en cuanto a la inaplicación del parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

3.4. De la prescripción:

La normatividad (artículo 174¹⁰ del Decreto Ley 1211 de 1990) determina que quedan prescritos los derechos ciertos anteriores a cuatro (4) años atrás de la solicitud relevante. En el presente caso, se considera que la petición relevante corresponde al ocho (08) de mayo de dos mil catorce (2014) (fls. 28-30), de tal forma que no operó la prescripción respecto de las mesadas causadas con antelación, teniendo en cuenta que la asignación de retiro del demandante fue reconocida a partir del quince (15) de abril de dos mil catorce (2014).

Las diferencias a pagar: De conformidad a los criterios trazados por el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá se ordenará que la condena que resulte y sobre la

⁹ Desde las sentencias de los años sesenta de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se empieza a tener en cuenta esta tesis. Se dice que los funcionarios competentes para aplicar dicha norma son los que tienen jurisdicción. Al respecto dijo la Sentencia del 2 de marzo de 1961 (M.P. Julio Roncallo Acosta), que, "El artículo 215 de la Constitución simplemente autoriza oponer, en un caso concreto, la excepción de Inconstitucionalidad. El fallo que decide sobre la acción de inexecutable sólo puede ser pronunciado por la Corte en pleno y tiene efectos erga omnes; en cambio, para decidir sobre la excepción referida es competente cualquier funcionario con jurisdicción, que deba aplicar la ley, y solo tiene efectos en relación con el caso concreto en donde el conflicto surge" (Negritillas fuera del texto). También hay que tener en cuenta los fallos de la Sala de Casación Penal de 14 de marzo de 1961, en donde se convalida por vez primera la vía de excepción y se declara inaplicable una ley en un caso concreto, y la sentencia del 26 de abril del mismo año, en donde se definen los alcances generales de la excepción y se establece que cualquier funcionario con jurisdicción es competente para inaplicar una ley contraria a la Constitución (Sobre el particular ver el libro de Julio Estrada, Alexei, Op. cit., p. 284).

¹⁰ Decreto 1211 de 1990

ARTÍCULO 174. PRESCRIPCIÓN. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2015-0057
 Demandante: Luis Ernesto Pérez Alarcón
 Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

partida denominada Subsidio Familiar a tener en cuenta para el reajuste de la asignación de retiro del actor, se realicen los respectivos descuentos **que no se efectuaron al Sistema General de Seguridad Social** durante los últimos 5 años de vida laboral del demandante, que comprende el tiempo transcurrido entre el 13 de abril de 2009 al 13 de abril de 2014, en virtud de la prescripción extintiva, sin que el valor a pagar supere la condena atendiendo a la condición de mayor adulto con la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social.

El ajuste al valor: La suma que resulte deberá ser ajustada, en los términos del inciso final del Art. 187 del C.P.A.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la reliquidación pensional, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

Los intereses: Por último, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL" pagará intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en el Art. 192 del C.P.A.C.A.

El cumplimiento de la decisión judicial: La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", en acto motivado, dará cumplimiento a la sentencia que resuelve definitivamente la controversia. Dicho acto se notificará a la parte interesada y será susceptible de recursos en vía gubernativa, para resolver en cuanto sea posible en sede administrativa, las diferencias que puedan resultar.

la parte actora en el proceso de la referencia.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

Folio 43 del expediente: Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2015-0057

– Sección Segunda – Subsección A – Demandante: Luis Ernesto Pérez Alarcón

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"

el tema de las costas en el sentido de que

4. Costas.

Finalmente respecto de la condena en costas, cabe recordar que el artículo 188 del CPACA establece que en todos los procesos, a excepción de las acciones públicas, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

De acuerdo con lo anterior, se impondrá la correspondiente condena en costas a la entidad demandada, como lo ordenan los artículos 365 a 366 del C.G.P., en la suma de TREINTA Y OCHO MIL PESOS (\$38.000), que corresponde a los gastos en los que incurrió la parte actora en el proceso de la referencia y se acreditó con la consignación obrante a folio 43 del expediente. Esto de conformidad con lo expuesto por el H. Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A, providencia del 7 de abril de 2016¹¹, en la que aclaro el tema de las costas en el sentido de que *"El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso¹² y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.¹³"*

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

¹¹ Consejo de estado – Subsección A – Magistrado Ponente: William Hernández Gómez – Expediente: 13001-23-33-000-2013-00022-01 – Radicado Interno: 1291-2014 - siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016).

¹² Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.

¹³ Sobre el tema más ampliamente expreso dicha Corporación:

- a) "El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio *"subjetivo"* –CCA- a uno *"objetivo valorativo"* – CPACA-.
- b) Se concluye que es *"objetivo"* porque en toda sentencia se *"dispondrá"* sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de *"valorativo"* porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el **pago de gastos ordinarios del proceso** y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

*Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Toluca
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho: N° 15001-33-33-006-2015-0057
Demandante: Luis Ernesto Pérez Alarcón
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"*

F A L L A

Primero.- Inaplicar por inconstitucional el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

Segundo.- Declarar la nulidad del Acto Administrativo No. 2014-31638 del 19 de mayo de 2014, expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la Partida de Subsidio Familiar en la Asignación de Retiro del señor **LUIS ERNESTO PÉREZ ALARCÓN**, Soldado Profesional ® del Ejército Nacional, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL" reajuste la Asignación de Retiro del señor **LUIS ERNESTO PÉREZ ALARCÓN**, Soldado Profesional ® del Ejército Nacional, a partir del **15 de abril de 2014**, para lo cual se tendrá en cuenta, **la partida de subsidio familiar devengada en servicio activo**, de conformidad con lo indicado a lo largo de este proveído.

Cuarto.- De la condena y sobre el factor a tener en cuenta para efectos de reajustar la asignación de retiro del señor **LUIS ERNESTO PÉREZ ALARCÓN**, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL" deberá realizar los descuentos **que no se hubieren efectuado** al Sistema General de Salud y Pensiones, durante **los últimos cinco (5) años de la vida laboral del actor, por prescripción extintiva en el porcentaje que le corresponda**.

En lo que respecta a los aportes a cargo de la entidad empleadora, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, puede cobrarlos a través de procedimiento administrativo de cobro que regula el Estatuto Tributario, según el artículo 54 de la Ley 383 de 1997, en concordancia con el artículo 57 de la Ley 100 de 1993.

En el caso del demandante –entonces empleado- en cualquier caso el valor a pagar no podrá superar la condena a la condición de mayor adulto en estado de debilidad manifiesta y la protección constitucional que impone el derecho a la seguridad social.

Tales sumas deben ser actualizadas con fundamento en el IPC a fin de remediar su giro devaluado.

