

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Sentencia No.15

Bogotá D.C., 23 de abril de 2022.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

Radicado: 110013335-017-2020-00266-00¹

Demandante: Henry Augusto Velásquez Varón.

Demandado: CREMIL.

Tema: Reliquidación de AR con el 70% de lo devengado en actividad por concepto de subsidio familiar como partida computable.

Agotadas las etapas previstas dentro de la presente actuación procede el despacho a dictar **sentencia de primera instancia** dentro del medio de control de la referencia, teniendo en cuenta las siguientes:

Consideraciones

Pretensiones

1. Declarar la nulidad del Acto Administrativo contenido en la Resolución No. 9629 del 12 de septiembre de 2019 mediante la cual se reconoce la asignación de retiro al actor (Fl.03-05 PDF "PoderyAnexos").
2. Se inaplique parcialmente por inconstitucional el Decreto 1162 del 2014 en relación al porcentaje de inclusión del Subsidio Familiar en un 30%.
3. Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del Derecho se condene, a CREMIL, a reajustar la asignación de retiro del demandante desde su reconocimiento, en los siguientes términos:
 - 2.1. Se reajuste y liquide el Subsidio Familiar tomando el 70% de lo devengado en actividad como partida computable.
4. Ordenar el pago del ajuste de valor o indexación de las sumas anteriores conforme al artículo 187 del CPACA, así como el pago de los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia. Ordenar a la demandada dar cumplimiento a en los términos previstos en los artículos 192 del CPACA. Condenar a la demandada al pago de costas y agencias en derecho conforme el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Hechos:

- .- El accionante ingresó al Ejército Nacional, prestando el servicio militar el 07 de diciembre de 1998 (Fl. 06 PDF "03PoderyAnexos").
- .- El actor prestó sus servicios al Ejército Nacional, por 20 años, 03 meses y 11 días (Fl. 06 PDF "03PoderyAnexos").
- .- CREMIL, reconoció al accionante asignación de retiro mediante Resolución No. 9629 del 12 de septiembre de 2019 (Fl.03-05 PDF "Poder y Anexos").
- .- La liquidación se efectuó sobre el 70% del sueldo básico incrementado en un 60% + el 38.5% de la prima de antigüedad y el 30% del Subsidio Familiar (Fl. 03 PDF "03PoderyAnexos").

Tesis del Demandante: Señala que el acto administrativo demandado debe ser declarado nulo por haber sido expedido con desviación de poder en perjuicio del derecho a la igualdad del accionante. Que el 10 de octubre del 2019 se resolvió solicitud de adición y aclaración de la Sentencia De Unificación SUJ-015 CE-S2-2019 Radicado 850013333002201300237-01, indicando que en la misma no se establecieron porcentajes de liquidación como partidas computables en la asignación de retiro, que solo se limitó a establecer si el subsidio de familia es partida computable en la asignación de retiro, a lo cual se estableció

¹ notificacionesjudiciales@cremil.gov.co duverneyvale@hotmail.com henryvelvaron@hotmail.com

que los soldados que se pensionaron con anterioridad al mes de junio del 2014 el mismo no es partida computable, y los que adquieran el derecho a la asignación de retiro posterior al mes de junio del 2014, si lo es.

Que lo anterior revela la necesidad de realizar un test de igualdad sobre el porcentaje en el cual se debe de incluir el subsidio de familia, toda vez que el decreto 1161 del 2014 estableció un 30% y el decreto 1162 del 2014 lo estableció en un 70%, siendo el primero abiertamente inconstitucional por el derecho a la igualdad frente a los también soldados profesionales que gozan de una tasa de remplazo del 70%.

La existencia del trato diferencial e inconstitucional se da entre los mismos soldados profesionales, los primero que se venían rigiendo por los decretos 1794 del 2000 y 3770 de 2009, a los cuales a partir del decreto 1162 del 2014 se le estableció un porcentaje del 30%; y entre los soldados que perciben el subsidio familiar creado por el decreto 1161 del 2014 a los cuales se les estableció un porcentaje del 70% constituyéndose así una medida regresiva o un retroceso en el goce de un derecho prestacional.

Finaliza indicando que el acto acusado se encuentra en contravía de lo establecido en el artículo 2, literal a, de la Ley 4 de 1992 al generar una desmejora en las condiciones salariales y prestacionales de los soldados e infantes de marina profesionales; como un derecho destinado a la protección integral de la familia.

Tesis de la Demandada: La entidad accionada manifestó que de acuerdo a la sentencia de unificación, del 25 de abril de 2019, los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

Sobre la presunta vulneración del derecho a la igualdad manifestó que la misma se predica solo entre iguales, situación que no tiene cabida en el asunto ahora debatido pues el legislador dispuso los parámetros para el reconocimiento de la asignación de retiro situación que CREMIL, acató conforme la normatividad vigente. Que no corresponde a la Caja efectuar interpretaciones, ni juicios de valor, apartándose de lo establecido en la norma especial aplicable a cada uno de los miembros de la fuerza pública.

Finaliza indicando que en el caso bajo estudio, la Entidad ha actuado con apego a la ley y los actos administrativos expedidos se encuentran amparados bajo la presunción de legalidad, motivo suficiente para desestimar las suplicas de la demanda.

Alegatos:

Parte demandante: Reitera los argumentos expuestos en la demanda afirmando que lo pretendido es la liquidación y reajuste de la asignación de retiro del demandante, con la inclusión del subsidio de familia como partida computable en un 70% del valor recibido en actividad toda vez que la entidad toma el 30% lo que afecta el derecho a la igualdad.

Conforme las reglas de la Sentencia de Unificación SUJ-015 CE-S2-2019, que dispuso como regla para liquidar la asignación de retiro: $(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{Salario} \times 38.5\%)$, por lo que solicita se aplique esta regla para la liquidación de la prima de antigüedad del actor.

Afirma que se debe acceder a lo pretendido en atención a que el demandante causó su asignación de retiro con posterioridad julio de 2014, lo cual le otorga el derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, ya que en la hoja de servicios que reposa a folio 41 frente y vuelto del expediente, consta que el demandante percibía en actividad “subsidio familiar”, por lo que se debe ordenar el reajuste de la asignación de retiro del demandante incluyendo el subsidio familiar en un 70% del valor que venía devengando en actividad, y no en un 30%.

Parte demandada – CREMIL: Considera que el problema jurídico a resolver consiste en establecer si se está vulnerando el derecho a la igualdad de aquellos SLP a quienes se les liquidó su asignación de retiro sin la inclusión del subsidio familiar, o a aquellos que se les reconoció solo el 30% de este factor, y no el 70%. Al respecto considera que las pretensiones deben ser negadas pues no se trata de una

actitud temeraria de la entidad, sino que es la situación particular de los SLP la que enmarca la particularidad de la normativa que debe aplicarse al momento de liquidar su asignación de retiro.

Que como lo estableció la Sentencia de Unificación, el reconocimiento del subsidio familiar se fundamenta en las normas vigentes durante el tiempo de actividad del demandante, ya que como consecuencia de estas, el soldado realiza los aportes para asignación de retiro con los porcentajes señalados en la norma aplicable.

Que el actor no tiene en cuenta por ejemplo, que dicho reconocimiento (70% Subsidio Familiar) se prescribe para aquellos que nunca la hayan devengado, por el contrario, se concibe que el legislador previo este reconocimiento, precisamente a efectos de igualar la situación de los SLP que no hubieren devengado el Subsidio familiar, frente a aquellos que si lo hicieron, como por ejemplo el actor.

Considera improcedente acceder a las pretensiones de la demanda, pues se desconocería la normativa vigente en la materia, así como se pondría en riesgo la igualdad jurídica diseñada por el legislador entre iguales, para revalidar progresivamente los derechos de los SLP.

Identificación del Acto Enjuiciado: Se pretende la nulidad de la Resolución No. 9629 del 12 de septiembre de 2019 (FI.03-05 PDF "PoderyAnexos).

Problema Jurídico: Consiste en establecer si se vulnera el derecho a la igualdad del accionante al haberse liquidado su asignación de retiro con la inclusión del Subsidio Familiar en un 30% y no en el 70% de lo percibido en actividad conforme al cargo propuesto en la demanda.

Solución al Problema Jurídico: Se negarán las pretensiones de la demanda como quiera que se demostró que el derecho pensional a favor del actor se consolidó con posterioridad al mes de julio de 2014, por lo que en virtud a lo establecido en el Art. 1 del Decreto 1162 del 2014, se debe liquidar el Subsidio Familiar, sobre el 30% de lo devengado en actividad, como quiera que se probó que durante su actividad percibía dicho subsidio conforme lo establecido en el Art.11 del Decreto 1794 del 2000.

Por otro lado, se determinó que en el asunto ahora analizado no se encuentran reunidos los requisitos que por vía jurisprudencial ha establecido la H. Corte Constitucional, para aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto al Decreto 1162 de 2014.

ANÁLISIS DEL DESPACHO

Marco jurídico que regula el reconocimiento del Subsidio Familiar a favor del personal de Soldados Profesionales: La Carta Política de 1991, en el artículo 150, numeral 19, dispuso que corresponde al Congreso hacer las leyes y por medio de ellas ejerce la función de dictar las normas generales, y, señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública. Con fundamento en esa facultad, dictó la ley marco 4a de 1992, desarrollada por el gobierno nacional al dictar las normas regulatorias para cada sector.

En lo referente al reconocimiento y pago del subsidio familiar a favor del personal de Soldados Profesionales, el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, *"por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares"*, dispuso lo siguiente:

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

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

Se creó así el subsidio familiar en favor de los soldados profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, cuyo monto correspondía a la sumatoria del 4% del salario básico mensual y el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere reconocido el soldado.

La norma citada fue derogada en forma expresa mediante el artículo 1° del decreto 3770 de 2009², así:

“Artículo 1°. Derógase el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Parágrafo 1°. 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 2°. Aclárase 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.”

Por medio del decreto 3770 de 2009 se eliminó del ordenamiento jurídico el subsidio familiar para la categoría de los soldados profesionales. La norma amparó a los soldados profesionales que a su entrada en vigencia (Diario Oficial 47488 del 30 de septiembre de 2009), tenían reconocido el subsidio familiar en los términos del decreto 1794 de 2000, y dispuso que ellos continuarían devengándolo hasta su retiro del servicio.

Pero el Consejo de Estado en sentencia del 8 de junio de 2017³, declaró “con efectos ex tunc, la nulidad total del Decreto 3770 de 2009”, por constituir un retroceso en material salarial para los soldados profesionales. Precisó el Alto Tribunal, que “Se trata de normas regresivas que afectan el derecho al trabajo y a la seguridad social de estos integrantes de las fuerzas militares, y por tanto, deben ser consideradas como inconstitucionales prima facie.” En esa misma línea, dijo:

“La Sala encuentra además que la medida contenida en el decreto 3770 de 2009 encarna en sí misma un acto discriminatorio. Discriminación que se presenta en dos posibles hipótesis normativas: (i) respecto de los soldados profesionales que dentro del término de vigencia del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 hubieren adquirido el derecho subjetivo al subsidio familiar por haber contraído matrimonio o constituir unión marital de hecho, frente a los soldados profesionales que teniendo el reconocimiento al derecho objetivo no hubieren alcanzado el expreso reconocimiento al derecho subjetivo, existiendo la probabilidad cierta de consolidación futura del correspondiente derecho, dentro del lapso en el que el artículo 11 ibídem se mantuvo vigente, por encontrarse incursos en una expectativa legítima; y (ii) en relación con los soldados profesionales que contrajeron matrimonio o constituyeron unión marital de hecho con posterioridad a la entrada en vigencia de la derogatoria del derecho a la prestación del subsidio familiar, frente a los soldados profesionales, a quienes se les reconoció el derecho a la mencionada prestación social, y se encuentran en su goce efectivo, como respecto de los suboficiales y oficiales a quienes se les reconoce dicho derecho objetivo.

En efecto, el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, no solamente estipuló un derecho objetivo con vocación de subjetivación en cabeza de quienes contraigan matrimonio o constituyan una unión marital del hecho, sino que también reconoció este derecho a todos los soldados profesionales en servicio activo, por cuanto que al ejercer el derecho al libre desarrollo de la personalidad y ser titulares del derecho a la familia tienen la probabilidad cierta de consolidar en el futuro el correspondiente derecho a la prestación del subsidio familiar.

Ahora bien en relación con la segunda hipótesis normativa mencionada, esta Corporación ha precisado anteriormente que existe un trato discriminatorio entre los miembros efectivos del ejército nacional con ocasión de la entrada en vigencia del Decreto 3770 de 2009, en la medida en que subsiste el reconocimiento de la prestación social del subsidio familiar a los suboficiales y oficiales del ejército y no a los soldados profesionales. De manera que el Consejo de Estado ha inaplicado, con efectos interpartes, disposiciones contenidas en actos administrativos de carácter general, impersonal

² Por el cual se deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones.

³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B, MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Sentencia del ocho (8) de junio de dos mil diecisiete (2017). Radicado: 11001-03-25-000-2010-00065-00

y abstracto, por considerar que conllevar a privilegiar un tratamiento desigual entre iguales, en relación con la inclusión de la prestación del subsidio familiar como factor prestacional al momento de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales y de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, toda vez que por mandato del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, solo se reconoce dicha posibilidad cuando quien se retira del ejercicio ha prestado servicios como suboficial u oficial de las fuerzas militares. (...)

Sin embargo, una medida regresiva como la estudiada tampoco resulta ser idónea y necesaria a la luz de la satisfacción de mayores requerimientos presupuestales de las Fuerzas Militares, por cuanto que bien pudo haberse realizado una reducción en los gastos de funcionamiento del sector defensa o acudir a una adición presupuestal con recursos propios del alto gobierno, medidas que bien hubieran podido evitar el sacrificio mayor del derecho prestacional al subsidio familiar de los soldados profesionales, como en efecto sucedió.

Finalmente, no es posible considerar que una medida regresiva de tal entidad pueda ser proporcional entre el objetivo que perseguía y el medio final empleado, debido a que la previsión no es de aquellas que limita o restringe un derecho y por tanto permita tener un punto de comparación para la aplicación del test de proporcionalidad, toda vez que como se dijo la decisión gubernamental implicó el cercenamiento total del derecho mencionado. Incluso, tal despropósito, carácter desproporcionado de la medida, y afectación al principio de confianza legítima, fue reconocido posteriormente por el Gobierno Nacional al intentar enmendar el exabrupto constitucional con la expedición del Decreto 1161 del 24 de junio de 2014, por medio del cual “se crea” el subsidio familiar para los soldados e infantes de marina profesionales⁴. (...)

En conclusión, la medida incorporada al ordenamiento jurídico mediante el Decreto 3770 de 2009, que suprime el reconocimiento al derecho prestacional del subsidio familiar a los soldados profesionales al revocar el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, se constituye en regresiva y por tanto carente de legalidad, al no solamente contravenir los principios y normas en los que debería fundarse, sino también porque no es compatible con el contenido esencial de los derechos a la protección y seguridad social, al trabajo, y a la seguridad jurídica, toda vez que su objeto no se encuentra dirigido a promover el bienestar general de los soldados profesionales como integrantes de la fuerza pública en una sociedad democrática.”

Se destaca que el Consejo de Estado declaró la nulidad del decreto 3770 de 2009 con efectos ex tunc, es decir retroactivos, como si nunca hubiere existido en el ordenamiento jurídico ese acto administrativo, de modo que, ha de entenderse que el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 continuó vigente.

Posteriormente, el presidente de la República expidió el decreto 1162 de 2014⁵, mediante el cual creó, a partir del 1° de julio de 2014, el subsidio familiar para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo. Dice la norma:

“Artículo 1°. Subsidio Familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales. Créase, a partir del 1° 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, así:

a) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente, más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c) de este artículo;

⁴ Decreto 1161 de 2014. “Artículo 1°. Subsidio Familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales. Créase, a partir del 1° de julio del 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, (...)”.

⁵ por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones.- Diario Oficial N. 49193 del 25 de junio de 2014

- b) *Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales viudos siempre y cuando hayan quedado a cargo de los hijos habidos dentro del matrimonio o dentro de la unión marital de hecho, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal*
- c) *del presente artículo;*

c) Para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo. En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica.

Parágrafo 1°. El subsidio familiar previsto en el presente artículo en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales.

Parágrafo 2°. Para los efectos previstos en este artículo los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares a partir del 1° de julio de 2014, podrán elevar al Comando de Fuerza, la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar previsto en el presente decreto, y el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud de que trata el presente parágrafo, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago.

Parágrafo 3°. Los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que estén percibiendo el subsidio familiar previsto en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, no tendrán derecho a percibir el subsidio familiar que se crea en el presente decreto. (...)

Artículo 5°. A partir de julio de 2014, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez del personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, el setenta por ciento (70%) del valor que se devengue en actividad por concepto de subsidio familiar, establecido en el artículo primero del presente decreto; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 o normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.”

Ahora bien, a través del decreto 1162 de 2014⁶, se dispuso que “A partir de julio de 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.”

Pues bien, debe decir el Despacho, que la redacción de los artículos 1° y 5° del decreto 1161 de 2014 no ofrece dudas en que, el subsidio familiar creado en dicho estatuto es solo para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales que no perciben el subsidio familiar de que trata el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.

Es decir que los soldados profesionales o infantes de marina profesionales que devengan el subsidio familiar conforme al decreto 1794 de 2000, no tienen derecho al reconocimiento y pago del subsidio familiar creado en el decreto 1161 de 2014, y por lo tanto, tampoco se encuentran sometidos a las reglas que fijó esta última norma para efectos de la inclusión de ese emolumento en la liquidación de la asignación de retiro, porque el decreto 1162 de 2014 es la norma especial que los rige.

⁶ por el cual se dictan disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares.

El subsidio familiar creado mediante el decreto 1161 de 2014 se reconoce solo a los soldados profesionales e infantes de marina profesionales que no perciben el subsidio familiar de que trata el artículo 11 del decreto 1794 de 2000. Para ellos, el artículo 5° ibídem, establece una regla especial de cómputo del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro, a partir de julio de 2014, cuyo reconocimiento está regulado en el decreto 4433 de 2004. En ese sentido se observa que los soldados profesionales e infantes de marina profesionales que devengan en servicio activo el subsidio familiar de que trata el decreto 1161 de 2014, tienen derecho a que, a partir de julio de 2014, se incluya el 70% del valor de ese emolumento en la asignación de retiro, porcentaje que se suma en forma directa, al monto de la asignación de retiro o pensión de invalidez liquidado conforme al decreto 4433 de 2004.

Y conforme al decreto 1162 de 2014, a partir de julio de 2014, el personal de soldados profesionales e infantes de marina profesionales que al momento del retiro del servicio devengan el subsidio familiar regulado en el decreto 1794 de 2000, tienen derecho a que en la liquidación de la asignación de retiro o pensión de invalidez, se incluya el 30% del valor de ese subsidio. El porcentaje del subsidio familiar (30%) debe ser sumado en forma directa, al valor que corresponde por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme al decreto 4433 de 2004 que no ha sido modificado o derogado en ese aspecto.

Pareciera que la norma establece un trato discriminatorio en detrimento de los derechos de los soldados profesionales e infantes de marina profesionales que devengan el subsidio familiar de que trata el decreto 1794 de 2000, puesto que el decreto 1162 de 2014 solo permite incluir el 30% de ese factor en la liquidación de la asignación de retiro, mientras que a quienes devengan el subsidio familiar consagrado en el decreto 1161 de 2014, se les computa el 70% del subsidio familiar devengado a la fecha del retiro.

Pero lo cierto es que, conforme al decreto 1794 de 2000 el monto del subsidio familiar corresponde a la suma del 4% de la asignación básica mensual (1 smlmv incrementado en un 60%, solo si se trata de un soldado voluntario que fue incorporado como soldado profesional) y el 100% de la prima de antigüedad, último factor que llega al 58.5% de la asignación básica mensual según lo establece el artículo 2° del decreto 1794 de 2000⁷. Es decir que en vigencia del decreto 1794 de 2000 el subsidio familiar de un soldado profesional casado o con unión marital de hecho vigente, que cumple el tiempo de servicio para la asignación de retiro, equivale al 62.5% de la asignación básica mensual (4%+58.5%=62.5%).

En otras palabras, conforme al decreto 1162 de 2014, habría lugar a sumar al porcentaje de asignación de retiro, el 30% del subsidio familiar devengado al momento del retiro conforme al decreto 1794 de 2000, esto es el 30% del 62.5% de la asignación básica mensual.

En cambio, el subsidio familiar de que trata el decreto 1161 de 2014 equivale al 20% de la asignación básica mensual (1 smlmv incrementado en un 60%, si es un soldado voluntario incorporado como soldado profesional) por la cónyuge o compañera permanente, más el 3% por el primer hijo, el 2% por el segundo y el 1% por el tercero. Esta norma establece que el subsidio familiar en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica mensual. Entonces, de acuerdo al artículo 5° del decreto 1161 de 2014, los soldados profesionales que devengan el subsidio familiar consagrado en el mismo, tienen derecho a que en la asignación de retiro se les incluya el 70% del subsidio familiar, esto es el 70% del 26% de la asignación básica mensual, si es que el soldado cumple los requisitos para ese porcentaje de subsidio.

Las diferencias descritas se pueden representar en el siguiente ejemplo, bajo la premisa de que el soldado profesional o el infante de marina profesional, reúne los requisitos para el reconocimiento y pago del subsidio familiar en el porcentaje más alto:

Decreto 1161 de 2014	
Salario mlmv en el 2014	616.000,00

⁷ Artículo 2. Prima de antigüedad. Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%).

Salario básico mensual = 1 smlmv incrementado en un 60%, si es un soldado profesional que fue incorporado desde la categoría de soldado voluntario	985.600,00	Salario básico mensual = 1 smlmv incrementado en un 40%, si es un soldado profesional que no fue soldado voluntario	862.400,00
Subsidio familiar: 26% de la asignación básica	256.256,00	Subsidio familiar: 26% de la asignación básica	224.224,00
Porcentaje a incluir en la asignación de retiro: 70% del Subsidio Familiar devengado en actividad	179.379,20	Porcentaje a incluir en la asignación de retiro: 70% del Subsidio Familiar devengado en actividad	156.956,80
Decreto 1162 de 2014			
Salario mlmv en el 2014		616.000,00	
Salario básico mensual = 1 smlmv incrementado en un 60%, si es un soldado profesional que fue incorporado de desde la categoría de soldado voluntario	985.600,00	Salario básico mensual = 1 smlmv incrementado en un 40%, si es un soldado profesional que no fue soldado voluntario	862.400,00
Subsidio familiar: 62,5% de la asignación básica (4%+58,5% prima de antigüedad)	616.000,00	Subsidio familiar: 62,5% de la asignación básica (4%+58,5% prima de antigüedad)	539.000,00
Porcentaje a incluir en la asignación de retiro: 30% del Subsidio Familiar devengado en actividad	184.800,00	Porcentaje a incluir en la asignación de retiro: 30% del Subsidio Familiar devengado en actividad	161.700,00

Entonces, el decreto 1162 de 2014 al establecer que en la asignación de retiro o pensión de invalidez de los soldados profesionales o infantes de marina profesional se incluye el 30% del valor del subsidio familiar, que devengaban en servicio activo conforme al decreto 1794 de 2000, no consagra un trato discriminatorio o lesivo para ellos, frente a los soldados o infantes profesionales regidos por el decreto 1161 de 2014.

Los decretos 1161⁸ y 1162⁹ de 2014, entraron en vigencia a partir del 25 de junio de 2014 y no consagraron efectos retroactivos. Además, las dos normas, dispusieron que el subsidio familiar se tiene como partida computable en las liquidaciones de las asignaciones de retiro, solo a partir de julio de 2014.

Ordenar que en la base de liquidación de las asignaciones de retiro de tales soldados profesionales se incluya el 100% del subsidio familiar que devengaban al momento del retiro de servicio, equivale a modificar la ley usurpando abiertamente las competencias que la propia Constitución asignó en forma restrictiva al Congreso de la República como legislador ordinario y al Gobierno Nacional en ejercicio de la facultad reglamentaria.

Los decretos 1161 y 1162 de 2014 fueron expedidos por la autoridad competente en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, se encuentran vigentes y surtiendo plenos efectos jurídicos y se tornan de obligatorio cumplimiento en virtud de los atributos de ejecutividad y ejecutoriedad.

Al punto, resulta importante traer a colación lo expuesto por el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 01 de septiembre de 2021¹⁰, cuando al estudiar un asunto similar al ahora debatido indicó:

⁸ “Artículo 6°. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.” Diario Oficial n°. 49193 del 25 de junio de 2014
⁹ “Artículo 2°. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.” Diario Oficial n°. 49193 del 25 de junio de 2014
¹⁰ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN “C” - Bogotá D.C., primero (01) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) - Ponente: AMPARO OVIEDO PINTO - R E F E R E N C I A S: Radicación: 11001-33-42-047-2017-00187-01

“Caso concreto

*Conforme a los medios documentales de prueba allegados al expediente, **al demandante se le reconoció la asignación de retiro a partir del 14 de diciembre de 2015, es decir después de julio de 2014 cuando ya estaba vigente el decreto 1162 de 2014, por lo tanto quedó sometido a las reglas que dicha norma determinó para la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro.***

Entonces, no queda duda que en cumplimiento a lo ordenado en el decreto 1162 de 2014 el demandante tiene derecho a que se le sume en forma directa el 30% del subsidio familiar que devengó en actividad (62.5% de la asignación básica), al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro, y así lo hizo la entidad demandada.

No es procedente ordenar la inclusión del 100% del subsidio familiar que devengó al momento del retiro, porque la norma aplicable en forma expresa establece que solo se debe incluir el 30%.

En el presente asunto, no se reúnen los requisitos de los que habla la Corte Constitucional para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad respecto del decreto 1162 de 2014, que es la norma rectora de la inclusión del subsidio familiar en este caso, toda vez que los Soldados e Infantes de Marina no se encuentran en la misma situación fáctica y jurídica que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, por lo tanto, la decisión del legislador de incluir porcentajes diferentes por concepto subsidio familiar en las asignaciones de retiro de estos grupos, no se advierte contraria a la Carta.

En ese orden de ideas, pesa en contra del demandante la presunción de legalidad del decreto 1162 de 2014 que debe acatarse en su integridad.

En consecuencia se concluye que el acto administrativo demandado no se encuentra viciado de nulidad por los cargos alegados y conserva intacta la presunción de legalidad, razones por las cuales se impone confirmar la sentencia de primer grado, que negó las pretensiones de la demanda.”

Lo expuesto, argumentos expuestos por el Tribunal referenciado, son perfectamente aplicables al asunto ahora debatido.

Caso concreto: El accionante solicita que se reajuste y liquide el Subsidio Familiar tomando el 70% de lo devengado en actividad como partida computable en su asignación de retiro.

Refiere que la accionada incurre en violación al derecho a la igualdad de los soldados profesionales, al expedir el acto administrativo demandado con desviación de poder por incluir el Subsidio Familiar, como emolumento computable pero en un porcentaje igual al 30% de lo devengado en actividad, situación que vulnera el derecho mencionado si se tiene en cuenta que el Decreto 1161 del 2014, estableció un porcentaje superior al reconocido al actor siendo entonces abiertamente inconstitucional aplicarlo.

Que el trato diferencial e inconstitucional, se da no solo con oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, sino entre los mismos soldados profesionales, los primeros que se venían rigiendo por los decretos 1794 del 2000 y 3770 de 2009, a los cuales a partir del decreto 1162 del 2014 se le estableció un porcentaje del 30%; y entre los soldados que perciben el subsidio familiar creado por el decreto 1161 del 2014 a los cuales se les estableció un porcentaje del 70% constituyéndose así una medida regresiva o un retroceso en el goce de un derecho prestacional.

Por lo dicho previamente solicita que se inaplique parcialmente por inconstitucional el Decreto 1162 del 2014 en relación al porcentaje de inclusión del Subsidio Familiar en un 30% y se reliquide la asignación de retiro del actor incluyendo el Subsidio Familiar, pero en un 70% de lo devengado en actividad.

Del material probatorio allegado al expediente se pudo advertir que al señor Henry Augusto Velásquez Varón, le fue reconocida asignación de retiro como Soldado Profesional por haber prestado sus servicios por 20 años, 03 meses y 11 días al Ejército Nacional, mediante Resolución No. 9629 del 12 de septiembre de 2019, efectiva a partir del 30 de agosto del 2019, liquidada como se observa a continuación (Fl.03-05 PDF “03PoderyAnexos”):

Liquidación	Porcentaje	Valor
Sueldo básico (SMMLV + 60%)		\$1,324,986.00
	70.00%	\$927,490.00
Prima de antigüedad	38.50%	\$357,083.65
Subsidio familiar	30.00%	\$248,434.88
	Valor Asignación:	\$1,533,009.00

Del extracto de hoja de vida del actor, se pudo evidenciar que el señor Velásquez Varón, percibía el Subsidio Familiar, establecido en el Art. 11 del Decreto 1794 de 2000, en cuantía del 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad, en monto equivalente a 828.116,56 para el mes de mayo de 2019.

Al confrontar los lineamientos previamente expuestos con el material probatorio arrimado al proceso se puede concluir que las pretensiones formuladas deberán ser negadas por las razones que se explicarán a continuación.

Se demostró que el derecho pensional a favor del actor se consolidó con posterioridad al mes de julio de 2014, exactamente desde el 30 de agosto de 2019, momento a partir del cual empezó a disfrutar su buen retiro cuando ya estaba vigente el Decreto 1162 de 2014. En virtud a lo establecido en el Art. 1 del mencionado Decreto 1162 del 2014, dentro de la liquidación de su asignación de retiro se computó el 30% del Subsidio Familiar como factor para determinar su mesada pensional, pues el actor percibía en actividad el Subsidio Familiar, reconocido en el Art. 11 del Decreto 1794 del 2000. Es por lo anterior que para el Despacho no hay duda que el actor tiene derecho a que se liquide el Subsidio Familiar, sobre el 30% del subsidio devengado en actividad.

Por otro lado, se determinó que en el asunto ahora analizado no se encuentran reunidos los requisitos que por vía jurisprudencial ha establecido la H. Corte Constitucional, para aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto al Decreto 1162 de 2014, como norma aplicable al actor en relación al Subsidio Familiar, como quiera que los Soldados Profesionales que devengaban en actividad el Subsidio Familiar, dispuesto en el Art. 11 del Decreto 1794 del 2000, y que por disposición legal tienen derecho a la inclusión de un 30% de dicha partida como factor computable para su asignación de retiro no se encuentran en la misma situación jurídica que quienes no devengaban aquel subsidio y que por virtud normativa tienen derecho a que se les compute en un porcentaje equivalente al 70%, pues lo que buscó el legislador fue precisamente cerrar esa brecha de desigualdad con quienes estando en servicio activo no disfrutaron de tal beneficio, por lo tanto, la decisión del legislador de incluir porcentajes diferentes por concepto subsidio familiar en las asignaciones de retiro de estos grupos, no se considera contraria a la Constitución.

Entonces, el decreto 1162 de 2014 al establecer que en la asignación de retiro de los soldados profesionales se incluye el 30% del valor del subsidio familiar, que devengaban en servicio activo conforme al decreto 1794 de 2000, no consagra un trato discriminatorio o lesivo para ellos, frente a los soldados o infantes profesionales regidos por el decreto 1161 de 2014.

En consecuencia, se concluye que el acto administrativo demandado no se encuentra viciado de nulidad por el cargo propuesto y conserva su presunción de legalidad, por lo que se negarán las pretensiones de la demanda

COSTAS: El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *“Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*.

Así también el numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *“Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el*

Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas....”.

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso¹¹, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: “La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.”. (Subrayas para resaltar)

Ahora bien, el Consejo de Estado¹² ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

*“Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.
Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil
Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley”
Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costas (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>>”¹³”*

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, en tanto no se han comprobado las mismas en esta instancia.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- NEGAR LAS PRETENSIONES de la demanda, de acuerdo con las consideraciones hechas en precedencia.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer causadas.

¹¹ Cfr. La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el párrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

¹² Consejo de Estado, Sección Cuarta con ponencia del Consejero OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, sentencia del seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), Radicación No. (20486), Actor Diego Javier Jiménez Giraldo Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN.

¹³ Cfr. las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nro. 20616 y 20389, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.

TERCERO.- Una vez en firme esta sentencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias a que hubiere lugar.

CUARTO.- **Reconocer** personería adjetiva a la Doctora Diana Milena Beltrán Castañeda, identificada con la cc 53.048.372 y T.P. 327.512, para actuar como apoderada judicial de la entidad demandada CREMIL, conforme al poder allegado con los alegatos de conclusión vistos a PDF "20AlegatosCREMIL".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Jara

Firmado Por:

Luz Matilde Adaime Cabrera
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Sala 017 Contencioso Admsección 2
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3f228d743a46ecfcfacf386c1ca19238c7d44ab9db713e199f42379b7c714681**
Documento generado en 23/04/2022 10:02:33 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>