



JUZGADO DIECISIÉIS (16) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ D.C.

Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91, CAN Edificio Aydeé Anzola Linares, piso 4°

Bogotá D.C., dieciocho (18) de diciembre de 2019

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de primera instancia T - 087
Radicación:	N° 11001-33-35-016-2018-00010-00
Demandante:	JOSÉ ANTONIO ACOSTA CALA
Demandado:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

Tema: Subsidio familiar

1. ASUNTO A DECIDIR

Cumplidas las etapas y los presupuestos procesales del presente medio de control sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la sentencia que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 y conforme la siguiente motivación:

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones¹: El señor, José Antonio Acosta Cala por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del Derecho promovido contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, solicita la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 2017-66559 de fecha 23 de octubre de 2017, por medio del cual, la entidad demandada negó, en su calidad de Soldado Profesional, el porcentaje de la partida de subsidio familiar.

¹ Folios 18 – 19 C. Ppal.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene el reconocimiento y pago del porcentaje de la partida de subsidio familiar que se está computando en la asignación de retiro del 18,75% al 65.5% de la asignación básica.

2.2. Hechos relevantes²: El señor José Antonio Acosta Cala, prestó sus servicios profesionales en el Ejército Nacional por espacio de 20 años. De conformidad a lo establecido en el artículo 11° del decreto 1794 de 2000 mediante Orden Administrativa de personal el Comando del Ejército Nacional le reconoció y pago al accionante, una partida de Subsidio familiar, que al momento del retiro correspondía al 62,5% de la asignación básica.

Mediante Resolución n°. 9368 del 25 de noviembre del 2015 y previo el cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley 923 de 2004 y del Decreto Reglamentario 4433 de 2004, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció asignación de retiro al actor.

En la liquidación de la asignación de retiro del accionante la Caja de Retiro, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1162 de 2014, le viene computando la partida de subsidio familiar, en un porcentaje del 18,75% de la asignación básica, correspondiendo a un 30%, de lo que tenía reconocido al momento del retiro que era del 62,5%, de la asignación básica.

El legislador dejó establecido en el artículo 13.1.7 del Decreto 4433 de 2004, que el subsidio familiar sería computado en la liquidación de las asignaciones de retiro en el porcentaje que se tenía reconocido al momento del retiro.

El señor Acosta Cala presentó derecho de petición radicado n° 20170093842 de fecha 09 de octubre del 2017, ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, solicitando el incremento del porcentaje de la partida del subsidio familiar que se viene computando en la liquidación de la asignación de retiro, del **18,75%** al **62,5%** de la asignación básica, porcentaje que tenía reconocido al momento del retiro del Ejército Nacional. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, dio respuesta al derecho de petición presentado mediante acto administrativo No.2017-66559 de fecha 23 de octubre del 2017³, negando el incremento del porcentaje de la partida subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro.

1. Se tienen en cuenta las demás pruebas aportadas al expediente por las partes.

² Folio 13 C. Ppal.

³ Folio 5 C, Pal

2.3. Actuación procesal: La demanda se presentó el 18 de enero abril de 2018, tal como se puede constatar a folio 32. Realizado el estudio de la demanda y sus anexos se admitió la misma mediante auto del 4 de abril de 2018 (fl. 34), y se notificó por estado el 5 del mismo mes y año. Se pagaron los gastos el 10 de mayo de 2018 (fl 36), y se efectuaron las notificaciones personales tanto a la entidad demandada como al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica el 28 de agosto de 2018, tal como se puede constatar a folios 38 a 42. La entidad demandada contestó la demanda el 11 de septiembre de 2018 (fol. 43 a 48) y aportó junto con la contestación de la demanda los antecedentes administrativos, orden que se había impartido en el auto admisorio de la demanda.

A través de proveído calendado 18 de octubre de 2019, se fijó fecha para la celebración de la audiencia inicial, auto que se notificó mediante estado electrónico el 21 del mismo mes y año, y en la fecha 7 de noviembre siguiente fue realizada la misma, la cual avanzó hasta la etapa de sentido del fallo en el que se indicó que serían negadas las pretensiones de la demanda.

2.4. Pronunciamiento de la parte demandante sobre las normas violadas y el concepto de violación⁴. La parte demandante invoca como normas violadas de rango constitucional los artículos 1, 4, 13, 42 y 53, los artículos 2 y 27 de la Ley 923 de 2004, artículos 2, 5, 13.1.7 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.

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

Así mismo precisó la Corporación en su jurisprudencia sobre el tema, que el Subsidio Familiar tiene como finalidad ayudar al sostenimiento de las personas que se encuentran a cargo del trabajador, en consideración a sus ingresos. Aseguró de igual

⁴ Fls. 14 a 27 del C. Ppal.

forma, que resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, los cuales se encuentran en un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales.

Argumentó que el acto administrativo impugnado a través del presente medio de control, es nulo debido a que la entidad demandada incurrió en una falsa motivación y desconoció abiertamente las normas que regulan la materia, por lo que resalta que es procedente la anulación del acto acusado.

Sostiene que CREMIL, al expedir el acto acusado y negar la liquidación de la asignación de retiro del accionante con la inclusión del subsidio familiar, vulneró el derecho fundamental a la igualdad dispuesto en el artículo 13 superior, que se materializa cuando los soldados profesionales en la liquidación de las asignaciones de retiro no se le compute la partida de subsidio familiar en el porcentaje que tenía reconocido al momento del retiro, esto es 62,5%, caso diferente se da cuando los oficiales, suboficiales, agentes de policía a los cuales se les tiene en cuenta el 100% de lo reconocido, es necesario señalar que el derecho a la igualdad alude a la obligación de otorgar el mismo tratamiento a quienes se encuentran en una situación análoga, de forma tal que todos ellos puedan gozar de unos mismos derechos,, libertades y oportunidades, sin discriminación alguna por razones de sexo, raza, origen, lengua, religión u opinión política o filosófica⁵.

Finalmente, relacionó jurisprudencia del Consejo de Estado de casos análogos donde se reconoce los derechos reclamados.

2.5. Pronunciamiento de la parte demandada⁶: La entidad demandada contestó de manera oportuna la demanda mediante memorial visible a folios 43-48 del expediente. Para el caso concreto aceptó todos los hechos expuestos por la parte demandante en la demanda. Se opuso a las pretensiones porque considera que aplicó la norma vigente para el caso del demandante, por cuanto reconoció el subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro mediante Resolución No. 5030 de 21 de julio de 2016 y conforme a lo señalado en el Decreto 1162 del 24 de junio de 2014, en el que se ordenó el reconocimiento de tal prestación social como partida computable en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina de las Fuerzas Militares y así lo ha venido haciendo la Caja. Razón por la cual considera que deben ser denegadas las pretensiones propuestas por el actor.

⁵ Sentencia C - 007 de 1996, MP Vladimiro Naranjo Mesa
⁶ Fls. 43 - 48 del C. Ppal.

Con base en lo anterior, manifestó que su proceder no vulneró el derecho a la igualdad del demandante, en el caso concreto no se configuró falsa motivación, ni causal de nulidad alguna.

2.6. Alegatos de conclusión: La parte demandante: En audiencia inicial celebrada el pasado 7 de noviembre de 2019, la apoderada sustituta de la parte demandante, manifestó que de conformidad con la reciente sentencia de unificación proferida el pasado 25 de abril de 2019, por el máximo órgano de lo contencioso administrativo, por medio de la cual se dispuso que el subsidio familiar no debe ser partida computable en la asignación de retiro de los soldados, se prevé que en el presente caso se van a negar las pretensiones de la demanda, motivo por el cual solicitó al despacho que en consideración a que la demanda fue presentada con anterioridad a la SU en mención, no sea condenada en costas.

2.6.1. La parte demandada: El apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, hizo también referencia a la reciente sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado, insistió en que las partidas para computar la asignación de retiro de los soldados es únicamente la asignación básica y la prima de antigüedad y que el subsidio familiar no es una partida computable para este tipo de personal, por lo anterior solicitó al despacho que fueran negadas las pretensiones de la demanda.

2.6.2. Concepto del Ministerio Público: Guardó silencio.

3. CONSIDERACIONES

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 155 numeral 2º y 156 numeral 2º del C.P.A.C.A., este Juzgado es competente para resolver el conflicto planteado.

3.1. Problema Jurídico: En la audiencia inicial se fijó el litigio en los siguientes términos:

Atendiendo las manifestaciones esbozadas por las partes, el despacho debe establecer si el señor JOSÉ ANTONIO ACOSTA CALA, en su calidad de Soldado Profesional ® tiene derecho a que se le incremente el porcentaje de la partida del subsidio familiar que se viene computando en la liquidación de la asignación de retiro, del 18,75% al 62,5% de la asignación básica, porcentaje que tenía reconocido al momento del retiro del Ejército Nacional.

3.2. El anterior problema jurídico será resuelto mediante las consideraciones pertinentes, las cuales se desarrollarán de la siguiente manera: a) del régimen pensional y de asignación de retiro de los soldados profesionales; b) de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado concerniente al caso concreto; c) del reajuste de la asignación de retiro con la inclusión de la partida de subsidio familiar y d) Del Caso Concreto.

3.2.1 Del régimen pensional y de asignación de retiro de los soldados profesionales

La Ley 923 de 2004 – *Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.* - se encargó de fijar al Gobierno Nacional el contenido general del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, señalándole como principios los de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad; como objetivos y criterios, el respeto de los derechos adquiridos, la sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal, el mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas, entre otros.

Así las cosas, estableció los siguientes elementos mínimos para el reconocimiento de la asignación de retiro:

“3.1. El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años.

3.2. El monto de la asignación de retiro será fijado teniendo en cuenta el tiempo de servicio del miembro de la Fuerza, el cual no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) por los primeros quince (15) años de servicio, ni superior al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

3.3. Las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

3.4. El aporte para la asignación de retiro a cargo de los miembros de la Fuerza Pública será fijado sobre las partidas computables para dicha asignación, el cual estará a cargo

de los miembros de la Fuerza Pública en un porcentaje que no será inferior al cuatro punto cinco por ciento (4.5%), ni superior al cinco por ciento (5%).(...)"

3.8. Las asignaciones de retiro, las pensiones de invalidez de los miembros de la Fuerza Pública y su sustitución, así como las pensiones de sobrevivientes en ningún caso serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente. La sustitución de la pensión será igual a lo que venía disfrutando el titular, con excepción de los porcentajes adicionales para quienes se pensionen a partir de la vigencia de la presente Ley. **En todo caso, la asignación mensual de retiro de los soldados profesionales no podrá ser inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.** (Negrilla fuera de texto).

3.10. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional serán las entidades responsables de las labores de administración de aportes, reconocimiento y pago de asignaciones de retiro y de sus sustituciones, así como de la inversión, manejo y control de los recursos correspondientes.

3.13. El incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo".

Luego, mediante el Decreto 4433 de 2004, que en desarrollo de la Ley Marco 923 de 2004, el Gobierno Nacional determinó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, y en su artículo 16 precisó:

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

De lo anterior, se tiene que los Soldados Profesionales que sean retirados o que se retiren y que cumplen 20 años de servicio tienen derecho a acceder al reconocimiento de una asignación mensual de retiro, siendo que, en lo que respecta a las partidas computables para su liquidación y los porcentajes que se toman de los mismos, y la asignación de retiro corresponde al 70% del salario mensual que se indica en el artículo 13.2.1 de la norma en cita adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad.

En relación con el cómputo del salario mensual para efectos de la asignación de retiro, la norma del mismo estatuto indica:

“ARTÍCULO 13. PARTIDAS COMPUTABLES PARA EL PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

(...)

(...)

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.”.

Como se advierte de la normativa citada, los únicos factores salariales para tener en cuenta como partida computables para los soldados profesionales, es la asignación básica y la prima de antigüedad.

3.2.2. De la sentencia de unificación del Consejo de Estado concerniente al caso concreto

Ahora bien, respecto del subsidio familiar como partida computable, el Consejo de Estado, en sentencia de unificación de fecha 25 de abril de 019, cual fuera la última decisión respecto de este tema fue clara en establecer que *“para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal”*. Ante esta situación, precisó⁷:

“De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en el tema puesto a consideración:

1. En virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública. En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:

1.1. Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.

1.2. Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49

⁷ Sección Segunda, C. P. William Hernández Gómez, 25 de abril del 2019, Rad: 85001-33-33-002-2013-00237-01

de la Constitución Política y a los numerales 3.3 y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes...

2. 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.

3. Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal...

7. No son aplicables a los soldados profesionales los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015 para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

8. Esta sentencia no es constitutiva del derecho por lo que las reclamaciones que se hagan con fundamento en ella quedarán sujetas a las reglas de prescripción.

Por lo anterior, se considera que las reglas de unificación contenidas en esta sentencia deben aplicarse de manera retroactiva a todos los casos pendientes de discusión tanto en vía administrativa como en vía judicial.

De igual manera, debe precisarse que aquellos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.”

Y para reforzar aún más la tesis, citada en la jurisprudencia en cita, respecto el tema de sobre el subsidio familiar, esta vez en relación al personal ejecutivo de la Policía Nacional, la más reciente jurisprudencia del Consejo de Estado⁸ se ha dicho:

“En el mismo sentido, la Sección Segunda de esta Corporación mediante la Sentencia de Unificación SUJ-015-CE-S2-2019 de 25 de abril de 2019, al estudiar un caso de similar naturaleza, en el que se buscaba ubicar en un plano de igualdad fáctica a los soldados profesionales, a los oficiales y suboficiales del Ejército frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, bajo el argumento de que ambos son miembros de las Fuerzas Militares. La Sala de decisión indicó que a los soldados profesionales que causaran su derecho a la prestación periódica a partir de julio de 2014, se les incluiría el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, mientras que quienes adquirieron el derecho previamente, no les asiste derecho a su cómputo, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.

Por ende, la diferencia de trato se encontraba justificada, debido a que la norma superior no elimina la posibilidad de que «el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales», como en este caso lo era el hecho de que la asignación de retiro no abarcó desde su nacimiento a la vida jurídica absolutamente todas las partidas que finalmente llegaron a conformarla,

⁸ Sección Segunda, Subsección B, C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, sentencia de unificación del 25 de noviembre de 2019, Expedientes: 110010325000201400186-00 (0444-2014) y 110010325000201401554-00 (5008-2014).

sin que ello desconociera por sí mismo el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que es constitucionalmente admisible que el derecho se amplíe de manera escalonada, lo que de suyo implica que los sujetos que lograran consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones”.

3.2.3 Del reajuste de la asignación de retiro con la inclusión de la partida de subsidio familiar

Sobre este punto, se encuentra que según la tarjeta de liquidación⁹, al actor se le computaron las siguientes partidas para la asignación de retiro que se le viene pagando:

Sueldo año 2017 (SMLV +40%)		\$ 1.032.804.00
Porcentaje de liquidación	70%	\$ 722.963
Prima de Antigüedad (SB*70%*38.5%)		\$ 278.341
Subsidio familiar (SB*4%)+(SB*58.5%)*30%		\$ 193.651
Asignación de retiro		\$ 1.194.955

Ahora bien, de acuerdo a la sentencia de unificación que ha sido señalada en precedencia, 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.

4. El caso concreto: En el presente asunto, pretende la parte actora que se le incremente el porcentaje de la partida del subsidio familiar que se viene computando en la liquidación de la asignación de retiro, del 18,75% al 62,5% de la asignación básica, porcentaje que tenía reconocido al momento del retiro del Ejército Nacional..

Pues bien, se encuentra acreditado en el proceso¹⁰ que el señor José Antonio Acosta Cala¹¹, prestó su servicio militar obligatorio, como soldado regular desde el 5 de julio de 1995 hasta el 29 de diciembre de 1996. Posteriormente pasó a soldado voluntario entre el 17 de enero de 1997 hasta el 31 de octubre de 2003; finalmente pasó a Soldado Profesional desde el 1º de noviembre de 2003 hasta el 20 de agosto de 2015. Por último se le reconocieron los tres meses de alta desde el 20 de agosto de 2015,

9 Fol. 7

10 Con los hechos narrados en el escrito de la demanda, las pruebas aportadas, la contestación efectuada por CREMIL y las pruebas aportadas con la mentada contestación.

11 Ingresó como soldado regular desde el 5 de julio de 1995 hasta el 29 de diciembre de 1996, pasó a soldado voluntario entre el 17 de enero de 1997 hasta el 31 de octubre de 2003; posteriormente paso a Soldado Profesional el 1º de noviembre de 2003 al 20 de agosto de 2015.

para un tiempo total de servicios de **20 años, 3 meses y 3 días**, tal como se evidencia en la hoja de servicios N° 3-88220777 expedida el 16 de septiembre de 2015 por la Dirección de Personal del Ejército Nacional, (fotocopia a folios 8 – 9 expediente).

Mediante Resolución N° 9368 del 25 de noviembre de 2015 la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL reconoció asignación de retiro a partir del 20 noviembre de 2015 en cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 2731 del 30 de diciembre de 2014), adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad y el 30% del subsidio familiar, (fotocopia a folios 10-11 del expediente).

Con la citada hoja de servicios, se acredita que el demandante en la nómina del mes de julio de 2015 devengó: sueldo básico, subsidio familiar, prima de antigüedad soldado profesional en un 58,50%, seguro de vida subsidiado, (fl. 8 y 9).

El 9 de octubre de 2017, el demandante formuló una petición bajo el consecutivo N° 20170093842 ante la CAJA DE RETIRO en la que solicitó el reajuste del porcentaje de la partida de subsidio familiar que se viene computando en la asignación de retiro, de un 18.75% de la asignación básica, al 62.5% que tenía reconocido al momento de su retiro de la fuerza.

La Coordinadora del Grupo Centro Integral de Servicio al Usuario de CREMIL resolvió desfavorablemente la anterior petición del actor mediante el Oficio N° 2017-66559 del 23 de octubre de 2017 -*acto acusado*- manifestando que no era posible atender de manera favorable lo solicitado esto es la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro tomando como partida computable el subsidio familiar.

Descendiendo al caso concreto, para el Consejo de Estado en la citada jurisprudencia: “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%¹² para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000¹³ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

¹² Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

¹³ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

En este mismo sentido, para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.”

Por otra parte, revisado el expediente, también se encuentra acreditado que el demandante devengó en servicio activo el rubro correspondiente a subsidio familiar, que la entidad en la asignación de retiro le tuvo en cuenta el 30% del subsidio familiar devengado en actividad de conformidad con lo señalado en el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014¹⁴, que le fue reconocida asignación de retiro con posterioridad a julio de 2014.

En consecuencia, según la citada regla jurisprudencial, la norma que regula la inclusión del Subsidio Familiar como partida computable dentro de la asignación mensual de retiro es el Decreto 1162 de 24 de junio de 2014, razón por la cual dicha partida debió ser calculada en el 30% de lo percibido en actividad. En efecto, la entidad accionada en la Resolución 9368 del 25 de noviembre de 2015, liquidó la citada partida con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, en los términos indicados en el Decreto 1162 de 24 de junio de 2014¹⁵.

Además de lo anterior, con las pruebas aportadas al expediente no se logró demostrar que la entidad accionada haya liquidado el subsidio familiar en forma diferente a la ordenada en el Decreto 1162 de 2014, lo cual se ajusta a lo dispuesto por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación citada a lo largo de esta providencia.

En el caso concreto, la parte accionante pretende que se reajuste el porcentaje de la partida de subsidio familiar incluido en la asignación mensual de retiro tomando como base el 62.5% de la partida recibida dentro de la asignación básica percibida en servicio activo. Sin embargo, tal liquidación pretendida no se encuentra ajustada a derecho pues la norma aplicable es clara al señalar que tal prestación debe ser liquidada sobre el 30% de lo percibido en actividad y el resultado debe ser adicionado a lo reconocido por asignación mensual de retiro, tal como lo realizó la entidad demandada¹⁶.

¹⁴ Folio 8 Hoja de Servicios, 10 y 11 Resolución de Reconocimiento de la asignación de retiro

¹⁵ Tal como se puede observar en el cuerpo de la Resolución No. 5030 de 2016

¹⁶ Folios 10 y 11

Dicho cálculo para determinar el valor de la asignación de retiro, en nada vulnera el principio de favorabilidad, pues contrario a lo aducido por el actor, el objetivo del legislador al proferir los Decretos 1162 y 1161 de 2014, era eliminar la desigualdad existente entre las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales y los demás miembros de la Fuerza Pública.

Así las cosas y atendiendo los precisos términos de la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado, se han de negar las pretensiones de la demanda.

En este orden de ideas se declarará probada excepción invocada por el apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares respecto de la existencia del reconocimiento e inclusión del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro. Lo anterior teniendo en cuenta que como lo manifestó el apoderado de CREMIL en la contestación de la demanda, mediante Decreto 1162 del 24 de Junio de 2014, se dispuso a partir del mes de julio de 2014 el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro de los soldados profesionales e infantes de marina de las fuerzas militares, que al momento del reino estuvieran devengando el subsidio familiar, regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009. Así se tendría 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 sería sumado de 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.

Lo anterior quedó plenamente demostrado en el trámite del presente medio de control, pues efectivamente la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, incluyó en la Resolución de Reconocimiento del demandante, el 30% de la partida de subsidio familiar.

- CONDENA EN COSTAS

Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018¹⁷, tenemos que:

¹⁷ Consejo de estado, Sección segunda, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14)

“ a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto a la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a un “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 en el 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 la parte vencida sea 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 estas.

f) La liquidación de las costas (incluidas 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.”

En consecuencia y de conformidad con lo expresado por la jurisprudencia transcrita, encuentra este Despacho que nos encontramos frente al escenario de un cambio sustancial en la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto a la interpretación de las normas que regulan las prestaciones sociales de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, que fue proferida el 25 de mayo de 2019, es decir con posterioridad a la presentación de esta demanda. Por ello, este Juzgado se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada conforme las previsiones del artículo 365 del C.G.P.

Conclusión: En este orden de ideas, siguiendo las pautas establecidas por la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 25 de mayo de 2019, este Despacho acoge íntegramente la postura esbozada por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo y en virtud de ello encuentra que se deben negar las pretensiones de la demanda.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda no deben prosperar. En consecuencia, el acto administrativo acusado conserva su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que lo ampara.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción invocada por el apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares respecto de la existencia del reconocimiento e inclusión del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la presente providencia.

TERCERO: ABSTENERSE de condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante, por las razones expuestas en esta providencia.

CUARTO: Una vez ejecutoriada esta sentencia, **COMUNÍQUESE** a la demandada en los términos del art. 192 del CPACA.

QUINTO: De no ser apelada esta providencia, se ordena el **ARCHIVO** definitivo del expediente, previo las anotaciones por secretaria.

SEXTO: En firme esta providencia y en caso de existir remanentes de los dineros que por concepto de gastos procesales fueron consignados por la parte demandante, se ordena que por secretaría se adelante la devolución de aquellos a la mencionada parte.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARÍA CECILIA PIZARRO TOLEDO

JUEZA

Vpug

JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Por anotación en ESTADO ELECTRÓNICO (Art. 201, Ley 1437 de 2011) se notificó a las partes la providencia anterior, hoy 14 ENE - 2020 a las 8:00 a.m.

Secretaria

Hoy 14 ENE - 2020 se envió mensaje de texto de la notificación por ESTADO O ELECTRÓNICO de la providencia anterior a los correos electrónicos suministrados, conforme al párrafo 3º, artículo 201 de la Ley 1437 de 2011.

Secretaria