



Rama Judicial

República de Colombia

## JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

### ACTA N° 160

<b>Medio de control:</b>	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
<b>Demandante:</b>	José Fernedy Arboleda Ochoa.
<b>Demandado:</b>	Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL.
<b>Radicado N°</b>	2017-00045-00

En Ibagué, siendo las nueve y treinta y tres de la mañana (09:33 AM) del día jueves cuatro de julio de dos mil diecinueve (2019), el suscrito Juez Quinto Administrativo del Circuito de esta ciudad, en asocio con el Profesional Universitario a quien designó como Secretario Ad-hoc para esta diligencia, se constituye en audiencia en la **Sala N° 8** ubicada en las instalaciones donde funcionan los Juzgados Administrativos del Circuito de Ibagué, con el fin de realizar la **AUDIENCIA INICIAL** que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A, dentro del expediente de la referencia, a la que se citó mediante providencia del pasado 7 de mayo de 2019, a efectos de proveer al saneamiento del proceso, la decisión de excepciones previas, la fijación del litigio, la posibilidad de una conciliación entre las partes, la resolución de medidas cautelares, el decreto de las pruebas peticionadas.

Acto seguido, se concede el uso de la palabra a las partes y a sus apoderados para que de viva voz se identifiquen indicando el nombre completo, documento de identificación, tarjeta profesional en el caso de los apoderados, dirección donde reciben notificaciones, al igual que sus correos electrónicos.

**Se identifica apoderada parte demandante:** GUISELL PAULINE MENGUAL HERNÁNDEZ identificada con C.C. 1.110.512.516 de Ibagué y T.P. N° 253.664 del C.S. de la J. Dirección: Carrera 5 N° 11-24 Edificio Torre Empresarial Oficina 501 de Ibagué. Tel. 3162546540. Correo electrónico: [ibague@arcabogados.com.co](mailto:ibague@arcabogados.com.co)

En este estado de la diligencia se reconoce personería adjetiva a GUISELL PAULINE MENGUAL HERNÁNDEZ identificada con C.C. 1.110.512.516 de Ibagué y T.P. N° 253.664 del C.S. de la J. según la sustitución de poder que hace el abogado ALVARO RUEDA CELIS, apoderado de la parte demandante, en los términos y para los efectos de la sustitución de poder visible a folio 52 del proceso.

**Se identifica apoderada parte demandada:** GUSTAVO ADOLFO URIBE HERNANDEZ. C.C. N° 1.110.460.953 expedida en Ibagué y la T.P. N° 228.274 del C.S. de la J. Dirección: Carrera 7 # 4A -06. Apto. 403 de la ciudad de Ibagué. Tel. 3006594315. Correo electrónico: [notificacionesjudiciales@cremil.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@cremil.gov.co) – [abogadouribehernandez@gmail.com](mailto:abogadouribehernandez@gmail.com)

En este estado de la diligencia se reconoce personería adjetiva a GUSTAVO ADOLFO URIBE HERNANDEZ. C.C. N° 1.110.460.953 expedida en Ibagué y la T.P. N° 228.274 del C.S. de la J. como apoderado judicial de la parte demandada, de conformidad con el poder otorgado por el Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad EVERARDO MORA POVEDA, en los términos y para los efectos del poder conferido allegado a la presente diligencia. (Se anexa poder en 8 folios útiles).

**Ministerio Público:** Dr. JORGE HUMBERTO TASCÓN ROMERO. Procurador Judicial 216 Judicial I en lo Administrativo. Dirección: Edificio Banco Agrario de Colombia. Carrera 3 # 15-17. Piso 8. Oficina 807 de la ciudad de Ibagué. Tel. 3157919135. Correo electrónico: [jhtascon@procuraduria.gov.co](mailto:jhtascon@procuraduria.gov.co)

Instalada en debida forma la presente audiencia procede el Despacho a desarrollar la etapa inicial o de **SANEAMIENTO DEL PROCESO** aclarando que la misma tiene por finalidad evitar decisiones inhibitorias o futuras nulidades.

Revisada en su totalidad la actuación procesal, el suscrito encuentra que la misma se ha surtido en debida forma, sin que se evidencie causal de nulidad alguna que invalide lo actuado.

El Despacho pregunta a las partes si desean efectuar alguna manifestación respecto a si, en esta instancia del procedimiento advierten alguna inconsistencia en el trámite procesal susceptible de afectar total o parcialmente la legalidad de la actuación, con miras a sanear el procedimiento:

**Apoderada parte demandante:** Sin observación.

**Apoderado parte demandada:** Sin observación.

**Ministerio Público:** Sin observación.

**DESPACHO:** Teniendo en cuenta lo manifestado por las partes, y al no existir vicios que invaliden la actuación, procede el Despacho a resolver lo que corresponde, en relación con las excepciones previas.

**EXCEPCIONES PREVIAS:** Continuando con el trámite de la audiencia, corresponde resolver las excepciones previas y las que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 No. 6 del CPACA, deban ser resueltas en esta etapa.

**CREMIL:** La entidad demandada no contestó la demanda, como se observa en la constancia secretarial obrante a folio 47 frente del expediente.

Como no existen excepciones previas que resolver, y por su parte el Despacho no advierte la existencia de alguna de ellas o de otras que deban ser resueltas en esta oportunidad, se continuará con la etapa siguiente de esta audiencia.

**La anterior decisión queda notificada en estrados. Sin recursos.**

**FIJACIÓN DEL LITIGIO:** De conformidad con la demanda, la contestación de la misma y los documentos obrantes en el expediente, se procederá a relacionar los hechos jurídicamente relevantes con el fin de fijar el litigio, sobre los que hay consenso de las partes, y respecto de los cuales no se requerirá decreto y práctica de pruebas:

1. El Soldado Profesional José Fernedy Arboleda Ochoa prestó sus servicios al Ejército Nacional por más de 20 años, y en vigencia del vínculo devengó un subsidio familiar equivalente al 62,5% de la asignación básica. (Fl. 8).
2. Por Resolución N° 993 de 16 de febrero de 2016, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, reconoció asignación de retiro al señor José Fernedy Arboleda Ochoa, y en aplicación del Decreto 1162 de 2014 le computa la partida de subsidio familiar en un 30 % del subsidio familiar devengado en actividad. (Fls. 9-10).

3. El 15 de julio de 2016, solicitó a la entidad demandada el incremento del porcentaje de la partida del subsidio familiar que se computa en la asignación de retiro, del 18,75% al 62,5% de la asignación básica, porcentaje que tenía reconocido al momento del retiro, y la entidad mediante oficio N° 2016-50654 de 1 de agosto de 2016 negó lo solicitado. (Fls. 4-7).

De conformidad con lo anterior, se procede a fijar el **problema jurídico** de la siguiente manera:

Objeto del litigio:

**Problema jurídico:** Se trata de determinar si, *¿El acto administrativo contenido en el oficio N° 2016-50654 de 1 de agosto de 2016, está ajustado a derecho, y como consecuencia de ello establecer, si el demandante tiene derecho a que su asignación de retiro sea reajustada computando en un 62.5% la partida de subsidio familiar que le fue reconocida?*

**La anterior decisión queda notificada en estrados.**

- Apoderada parte demandante: Sin observación.
- Apoderado parte demandada: Sin observación.
- Ministerio Público: Sin observación.

**CONCILIACIÓN:** Una vez fijado el litigio se procede a invitar a las partes a que concilien sus diferencias, para lo cual se concederá el uso de la palabra a cada una de ellas para que indiquen si tienen ánimo para llegar a un arreglo.

- Apoderado parte demandada: Manifestó que la posición del comité de conciliación de la entidad que representa es no conciliar en el presente asunto. Aporta en un folio Acta de 17 de mayo de 2019 en la que consta la posición de la entidad.

**DESPACHO:** Escuchada la posición de la parte demandada y teniendo en cuenta que no le asiste ánimo conciliatorio, el Despacho declara fallida esta etapa de la audiencia.

**DECRETO DE PRUEBAS:** El Despacho procede a decretar las pruebas solicitadas por las partes **que sean necesarias, pertinentes, conducentes y útiles** para resolver el problema jurídico planteado en la etapa de fijación del litigio, así:

**1. Parte demandante:**

**1.1. Documental:**

Tener como tal y conforme al valor probatorio que les asigna la ley, los documentos aportados por la parte demandante con la demanda. (Fls. 3-12).

**La anterior decisión queda notificada en estrados. Sin recursos.**

En consecuencia, atendiendo a que el presente asunto es de puro derecho y que no existen pruebas por practicar, se prescinde de la segunda etapa del proceso (audiencia de pruebas) de conformidad con lo preceptuado en el inciso final del artículo 179 del CPACA.

**La presente decisión se notifica en estrados. Sin recursos.**

Atendiendo a que se prescindió del término probatorio, continuando con la presente diligencia, el Despacho se constituye en AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO, por lo que concede a cada una de las partes el término de hasta cinco (5) minutos para que expongan sus alegatos de conclusión, y la Ministerio Público para que si a bien lo tiene emita concepto.

- **Apoderada parte demandante:** Expone que sobre el tema particular objeto de decisión, existe sentencia de unificación jurisprudencial proferida por el Consejo de Estado en la que se niegan pretensiones como la presente. Solicita que no sea condenada en costas.
- **Apoderado parte demandada:** Expone que sobre el tema particular objeto de decisión, existe sentencia de unificación jurisprudencial proferida por el Consejo de Estado en la que se niegan pretensiones como la presente.
- **Ministerio Público:** Expone que sobre el tema particular objeto de decisión, existe sentencia de unificación jurisprudencial proferida por el Consejo de Estado en la que se niegan pretensiones como la presente. Solicita que no sea condenada en costas. Solicita se considere lo pertinente, respecto de la condena en costas.

Escuchada la posición de las partes y analizada la totalidad de la actuación procesal, encuentra el Despacho que están acreditados los presupuestos procesales, y como no se observa causal alguna que invalide lo actuado, resulta oportuno y procedente proferir decisión de mérito.

De conformidad con el artículo 179 y 187 de la ley 1437 de 2011, se procede a dictar sentencia conforme la siguiente motivación.

## SENTENCIA

Habiéndose expuesto en precedencia los hechos que dieron origen a la presente demanda, las pretensiones elevadas por la parte demandante, las normas violadas y el concepto de la violación, el despacho se abstendrá de volver sobre estos puntos.

Así las cosas, recuerda el Despacho que el problema jurídico por resolver consiste en determinar si:

*¿El acto administrativo contenido en el oficio N° 2016-50655 de 1 de agosto de 2016, está ajustado a derecho, y como consecuencia de ello establecer, si el demandante tiene derecho a que su asignación de retiro sea reajustada computando en un 62.5% la partida de subsidio familiar que le fue reconocida?*

### I. Marco normativo y jurisprudencial:

La Ley 21 de 1982<sup>1</sup> definió el subsidio familiar como una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, siendo su objetivo fundamental el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.

<sup>1</sup> "Por la cual se modifica el régimen del Subsidio Familiar y se dictan otras disposiciones"

En tal sentido, la Corte Constitucional<sup>2</sup>, en cuanto a la **naturaleza jurídica del subsidio familiar**, consideró que el mismo pretende beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos dentro de un criterio que mira la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar; de modo que se constituye como un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento.

Así ha reconocido el Tribunal Constitucional:

*“Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral. Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social.”*

### **1.1. Inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro.**

La Ley 923 de 2004<sup>3</sup> por medio de 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, estableció:

*“Artículo 3o. Elementos Mínimos. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:*

*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.*

*(...)”*

Po su parte el Decreto 4433 de 2004, por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, en cuanto a las partidas computables para liquidar el monto a reconocer como asignación de retiro del personal de las fuerzas militares, precisó:

*“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:*

*(...)*

<sup>2</sup> Sentencia C – 508 de 1997 Exp. D-1627. MP. Vladimiro Naranjo Mesa

<sup>3</sup> “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.”

*13.2 Soldados Profesionales:*

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

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

*Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.”*

A su turno, con el Decreto 1162 de 2014, el Presidente de la República en desarrollo de los postulados generales establecidos en la Ley 923 de 2004 expidió la siguiente disposición en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares:

*“Artículo 1. A partir de julio del 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.”*

Conforme a ello, pese a que en principio no se autorizaba la inclusión como partida computable del subsidio familiar para los soldados profesionales, tras la expedición del Decreto 1162 de 2014 se incluyó como factor prestacional a tener en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro el subsidio familiar para dicho personal, determinándose como porcentaje para su computo el 30% del valor devengado en actividad.

Ahora bien, en efecto el Decreto 4433 de 2004, en cuanto a las partidas computables para el personal de las fuerzas militares y los porcentajes en los cuales debe computarse cada una de las partidas de la asignación de retiro de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, determina:

“ARTICULO 13. La asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia se liquidarán según corresponda en cada caso sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y suboficiales:

(...)

13.1.7 subsidio familiar en el porcentaje que se encuentra reconocido a la fecha de retiro...”.

Por su parte el artículo siguiente dispuso:

*“ARTICULO 14. Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados con dieciocho (18) o más años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de 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, así:*

*14.1 Sesenta y dos por ciento (62%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los dieciocho (18) primeros años de servicio.*

*14.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los dieciocho (18) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).*

*14.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.*

*(...)"*

Sin embargo, se aclara que fue previo a la expedición del mencionado Decreto 1162 de 2014, que esta jurisdicción en virtud del principio de igualdad venía dando alcance al contenido del Decreto 4433 de 2004, con el fin de incluir el subsidio familiar como partida computable para el personal de soldados profesionales para los cuales había sido excluido tal beneficio prestacional en su asignación de retiro, pese a que la devengaban en actividad. En esa oportunidad, el Consejo de Estado considero:

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

*Por el contrario, si se tiene en cuenta que la finalidad del plurimencionado subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo en consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para los Oficiales y Suboficiales que se encuentran un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales.*

*Así pues, a luz de la Carta Política y los postulados del Estado Social de Derecho, resulta inaceptable que el Decreto 4433 de 2004 haya previsto el subsidio familiar como partida computable para los miembros de la Fuerza Pública que tienen una mejor categoría – los Oficiales y Suboficiales – dejando por fuera a los que devengan un salario inferior y en consecuencia, a quienes más lo necesitan, los Soldados Profesionales.*

*En esas condiciones, se concluye que si bien es cierto el Tribunal Administrativo del Tolima aplicó en debida forma la norma que regula el régimen de pensiones y asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública; también lo es que, en el sub-lite resulta inaplicable por ser violatoria del principio de igualdad, al excluir de un beneficio prestacional a los Soldados Profesionales, que son el nivel más inferior en jerarquía, grado y salario de la estructura de las Fuerzas Militares, siendo el sector que en realidad lo necesita."<sup>4</sup>*

De suerte que aun cuando el Decreto 4433 de 2004, dispone la inclusión para los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares del subsidio familiar como partida computable, lo cierto es, que a partir del 24 de junio de 2014, con la expedición del Decreto 1162 de 2014 se reguló su reconocimiento para el personal de soldados profesionales, siendo por tanto esta la disposición legal aplicable.

Ahora bien, en relación con el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales, causada con posterioridad a la

<sup>4</sup> Sentencia del 11 de diciembre de 2014. Consejo de Estado – Sección Primera. Consejera Ponente Dra. María Elizabeth García González. Expediente núm. 2014-02292-01

vigencia del Decreto 1162 de 2014 el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019, consideró lo siguiente:

"(...). 185. *Las normas en comento [Ley 21/82, Dec. 1211/90, Dec. 1794/00, Dec. 3770/09, Dec. 1194/00, Dec. 1161/14 y Dec. 1162/14] llevan a concluir que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, para incluir el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales, de manera que, a partir de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, las partidas computables son las siguientes:*

- *Salario mensual: en los términos del artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, esto es,*
- *Prima de antigüedad: en porcentaje del 38.5%, según lo previsto por el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.*
- *Subsidio familiar en porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009<sup>5</sup>, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida<sup>6</sup>.*

186. *Es de anotar que si bien con ocasión del Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, fue tan solo hasta la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 que tal partida se consagró como computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues con anterioridad a dicha fecha no existía disposición legal que así la contemplara.*

187. *En conclusión, 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%<sup>7</sup> para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000<sup>8</sup> y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.<sup>9</sup> (Énfasis fuera de texto).*

En ese sentido, y para esta situación en concreto, la referida Corporación fijó las siguientes reglas:

"(...). *Reglas de unificación:*

253. *De (...) 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.*

<sup>5</sup> Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

<sup>6</sup> Artículo 5 del Decreto 1161 de 2014.

<sup>7</sup> Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

<sup>8</sup> El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Sala Plena. C.P. William Hernández Gómez. Radicado N° 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16). CE-SUJ2-015-19. Sentencia de Unificación.

*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 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%<sup>10</sup> para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000<sup>11</sup> y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.**

(...)<sup>12</sup>

#### **Caso Concreto:**

Está acreditado que CREMIL, mediante la Resolución N° 993 de **16 de febrero de 2016**, reconoció asignación mensual de retiro a favor del señor José Fernedy Arboleda Ochoa, en calidad de Soldado Profesional del Ejército Nacional, efectiva a partir de **30 de marzo de 2016** en cuantía equivalente al 70% del salario mensual, adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad, y con el **30% del subsidio familiar devengado en actividad, este último de conformidad con lo establecido en el artículo 1° del Decreto 1162 de 2014.**<sup>13</sup>

Con petición de 15 de julio de 2016<sup>14</sup>, el señor José Fernedy Arboleda Ochoa solicitó a CREMIL el reajuste del subsidio familiar incluido como partida computable de su asignación de retiro, de un 18,75% de la asignación básica a un 62,5% que tenía reconocido al momento del retiro del Ejército Nacional; solicitud que fue denegada por la entidad accionada mediante oficio N° 2016-50655 de 1 de agosto de 2016.<sup>15</sup>

Igualmente, conforme a certificación expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares obrante a folio 11 frente del expediente, se advierte que a efectos de liquidar la asignación de retiro de la parte demandante, se tomaron los siguientes porcentajes y partidas computables:

SUELDO	SMMLV+40%	\$965.237.00
PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN		70%
<b>SUBTOTAL</b>		<b>\$675.666.00</b>
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	$(SB*70\%*38.5\%)$	\$260.131.00
SUBSIDIO FAMILIAR	$(([SB*4\%] + [SB*58.5\%])*30\%)$	\$180.982.00
<b>TOTAL ASIGNACIÓN RETIRO</b>		<b>\$1.116.779.00</b>

<sup>10</sup> Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

<sup>11</sup> El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

<sup>12</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Sala Plena. C.P. William Hernández Gómez. Radicado N° 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16). CE-SUJ2-015-19. Sentencia de Unificación.

<sup>13</sup> Fls. 9-10.

<sup>14</sup> Fls. 4-5.

<sup>15</sup> Fls. 6-7.

Ahora bien, como se expuso en el marco normativo y jurisprudencial, particularmente la sentencia de unificación del Consejo de Estado, se fijó la siguiente regla respecto del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales, causada con posterioridad a la vigencia del Decreto 1162 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.

Lo anterior, por cuanto existe disposición expresa –esto es el Decreto 1162 de 2014– que reguló y asignó un porcentaje para el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales.

Es decir, el Gobierno Nacional con el Decreto 1162 de 2014, reguló de forma específica en virtud de las facultades otorgadas por la Ley 923 de 2004, el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, indicándose los parámetros a tener en cuenta para efectos del reconocimiento del subsidio familiar para los Soldados Profesionales, como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez, que en principio no había sido consagrado para ellos, determinándose su monto en 30% del valor obtenido en actividad.

De ahí que, existiendo una regulación especial sobre el reconocimiento del subsidio familiar para los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, no puede ser desconocida, menos cuando fue tan solo hasta la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 que tal partida se consagró como computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, por cuanto con anterioridad a dicha fecha, no existía disposición legal la estableciera.

Luego entonces, es claro que tras su regulación, el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro a favor de los Soldados Profesionales, debe hacerse conforme al Decreto 1162 de 2014, y no en los términos del Decreto 4433 de 2004, toda vez que este último contempla los parámetros de liquidación del mencionado beneficio prestacional para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

Ha de aclararse, que existiendo regulación expresa sobre alguna materia, debe preferirse ésta en su aplicación. En tal sentido, resulta pertinente citar el artículo 230 superior, en virtud del cual se establece que los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley, fuente formal y principal del derecho, bajo la cual se encuentran regidos las autoridades judiciales.

En orden a lo anterior, se advierte que confrontado el acto administrativo que reconoció la asignación de retiro al accionante, esto es, la Resolución N° 993 de 2016, con las disposiciones contenidas en el Decreto 1162 de 2014, norma vigente para el momento en que el Señor José Fernedy Arboleda Ochoa adquirió su derecho a la asignación de retiro, se observa que el subsidio familiar fue incluido como partida computable, en el porcentaje autorizado por la ley para el personal de soldados profesionales, es decir, el 30% de dicho valor.

Corresponde indicar que, respecto a la presunta vulneración al derecho a la igualdad, existen dos razones que permiten el trato jurídico desigual entre los Soldados Profesionales que adquirieron la asignación de retiro con antelación a la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, respecto de quienes consolidan su derecho con posterioridad a ellos.

La primera, el principio de la progresividad, entendido como implementar con cierta gradualidad, hacia la plena realización de los derechos en el diseño y ejecución de políticas públicas en materia del derecho a la seguridad social, lo que se logra con el reconocimiento de una asignación de retiro para un sector de las fuerzas militares que antes no lo tenía, y la segunda, el principio formal de la libertad de configuración del legislador (o ejecutivo) para regular la materia.<sup>16</sup>

Así las cosas, como no se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo contenido en el Oficio N° 2016-50655 de 1 de agosto de 2016, debido a que, efectivamente, la partida computable reclamada por la parte demandante se incluyó en la forma y términos de las disposiciones legales vigentes – Decreto 1162 de 2014 - corresponderá negar las pretensiones de la demanda.

**Costas:** De conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se rigen conforme al C.G.P.

El artículo 365, numeral 1º indica que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, partiendo de un criterio objetivo para su imposición.

No obstante, debe indicarse que en este proceso la demanda se presentó el 9 de febrero de 2017 fecha en la que el Consejo de Estado, no había consolidado su jurisprudencia respecto del reconocimiento y la forma en que debe reconocerse el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro en favor de los Soldados Profesionales.

En ese sentido, si bien este Juzgado en casos similares al que hoy se resuelve ha mantenido la postura de negar las pretensiones, lo cierto es que no es una postura unánime, teniendo en cuenta que sobre dicho punto diversos juzgados y tribunales del país se han pronunciado de manera diferente.

Por tanto, se puede asegurar que para esa fecha –presentación de la demanda-, se tendría por la parte demandante una expectativa legítima para que se accediera a las pretensiones de la demanda, ante la disparidad de criterios, razón por la que no habrá lugar a la condena en costas.

#### **DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO:** NEGAR las pretensiones de la demanda instaurada en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho por el señor José Fernedy Arboleda Ochoa contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Sin condena en costas.

**TERCERO:** ORDENAR la devolución de los remanentes que por gastos procesales consignó la parte demandante, si los hubiere.

<sup>16</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Sala Plena. C.P. William Hernández Gómez. Radicado N° 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16). CE-SUJ2-015-19. Sentencia de Unificación

**CUARTO:** En firme la presente providencia, archívese el expediente.

La presente decisión se notifica en estrados de conformidad con el artículo 202 del C.P.A.C.A. y contra ella procede el recurso de apelación dentro de los 10 días siguientes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 del C.P.A.C.A.

**CONSTANCIA:** Se deja constancia que se respetaron los derechos y garantías establecidos tanto en la Constitución y en la Ley, asimismo, que no se avizoran causales de nulidad que invaliden en todo o en parte lo actuado que ameriten la adopción de medidas de saneamiento.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se da por terminada la misma siendo las 10:03 A.M. del día 4 de julio de 2019, y se suscribe el acta por quienes en ella intervinieron, una vez leída y aprobada por los mismos.

La presente diligencia se grabó en sistema de audio y video, que se incorpora a la foliatura en CD.



**OSCAR ALBERTO JARRO DIAZ**  
JUEZ



**JORGE HUMBERTO TASCÓN ROMERO**  
Delegado Ministerio Público



**GUISELL PAULINE MENGUAL HERNÁNDEZ**  
Apoderada parte demandante.



**GUSTAVO ADOLFO URIBE HERNÁNDEZ**  
Apoderado parte demandada.



**JORGE MARIO RUBIO GALVEZ**  
Secretario Ad-hoc.