



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTICINCO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Expediente	11001-33-035-025-2023-00088-00
Demandante	JOAQUÍN FERNANDO ÁVILA
Demandada	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho –

I. Objeto

De conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y la Ley 2213 de 2022 y no avizorando causal que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir la **SENTENCIA** que en derecho corresponda, conforme con lo siguiente:

II. La Demanda

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho, el señor **JOAQUÍN FERNANDO ÁVILA**, a través de apoderado judicial, depreca la nulidad del **oficio 55711 del 11 de junio de 2022**, mediante el cual CREMIL, le negó la reliquidación de la asignación de retiro, teniendo en cuenta el 70% de la partida subsidio familiar.

A título de **restablecimiento del derecho** solicitó se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares la reliquidación de la asignación de retiro con la inclusión de la partida subsidio familiar en una cuantía del 70% del 62.5% de la asignación básica que percibía en actividad como soldado profesional de conformidad con lo establecido en el artículo 5 del Decreto 1161 de 2014 a partir del 28 de mayo de 2019, el pago de la diferencia que resulte en la liquidación, los intereses moratorios el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículo 192 y 195 del CPACA y la condena en costas.

1. Fundamentos fácticos:

1. Durante el tiempo que el actor estuvo en servicio activo como soldado profesional en el Ejército, percibió la partida de subsidio familiar dentro de su asignación salarial en un porcentaje del 62.5% de la asignación básica.
2. Previo al cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 923 de 2004 y el decreto 4433 de 2004, la accionada le reconoció una asignación de retiro al actor.
3. El Decreto 1161 de 2014 estableció como partida computable para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales el 70% del valor que devengaba en actividad por concepto de subsidio familiar, sin embargo, la accionada liquidó la asignación de retiro del actor sobre el 30% en aplicación del Decreto 1162 de 2014.
4. Por medio de petición del 05 de julio de 2022, solicito la reliquidación de su asignación de retiro con el 70% del porcentaje del subsidio familiar que tenía reconocido al momento de su retiro del servicio activo, lo cual fue negado por medio del acto acusado.

2. Normas violadas y concepto de la violación

Invocó como **normas violadas** las siguientes:

Constitucionales: Artículos 1, 4, 13, 42 y 53.

Legales:

Ley 923 de 2004

Decreto 4433 de 2004

Decreto 1794 de 2000, artículo 11

2.1 Concepto de violación:

Manifestó que con la expedición del Decreto 1162 de 2014, se generó un detrimento y discriminación respecto de aquellos soldados profesionales en infantes de marina profesionales de las fuerzas militares que venían devengando en actividad el subsidio de conformidad con lo consagrado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Indicó que se resalta la violación al derecho a la igualdad toda vez que a sus compañeros se les venía reconociendo el subsidio familiar en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, hasta la expedición del Decreto 3770 de 2009, fecha en que se dejó de reconocer este derecho, a partir del año 2014, se empezó a

reconocer el subsidio familiar en aplicación de lo normado en los Decretos 1161 y 1162 de 2014, pero en una cuantía muy inferior a la establecida en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Sostuvo que el Consejo de Estado profirió la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, estableciendo que para quienes causaron el derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no podrá ser tenido en cuenta como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro como soldados profesionales, sin embargo, considera que este presupuesto no se cumple en el caso del actor, por cuanto la prestación fue causada el 15 de abril de 2017.

II. Contestación de la demanda

La accionada contestó la demanda indicando que antes del año 2014, no establecía la ley el Subsidio Familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, no obstante, sería a partir de la citada fecha con la expedición de los Decretos 1161 y 1162, que empezaría a tenerse como factor computable en porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

Consideró que no se está vulnerando el derecho a la igualdad de aquellos SLP a quienes se les liquidó su asignación de retiro a aquellos que se les reconoció solo el 30% de este factor, y no el 70% por cuanto con fundamento en los principios de proporcionalidad y correspondencia debe predicarse el valor de la asignación de retiro, es decir, atender los factores salariales y los porcentajes sobre los cuales cada sujeto hubiere efectuado las cotizaciones. Por su parte, las normas que regulan la materia, esto es, el Decreto 1161 y el Decreto 1162 de 2014, y el Decreto 4433 de 2004, conciben la liquidación de la asignación de retiro de forma clara, entendiendo que en virtud del principio de progresividad y la libertad de configuración legislativa, la situación de los SLP cambió, encontrándose algunos que consolidaron su derecho a una asignación de retiro sin el factor computable subsidio familiar (antes del 1 de julio de 2014); otros que tendrían derecho a que les fuese reconocido el 30% de dicho factor, dado que venían devengándolo en actividad conforme al Decreto 1794 de 2000, y que se entiende, cotizaron al sistema teniendo en cuenta dicho factor; y otros que lo percibieron con el decreto 1161 de 2014, quienes tendrán derecho a un porcentaje del 70%.

Indicó que, 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.

Sostuvo 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.

Adujo que se no entiende porque el demandante por medio de la presente acción pretende que se le apliquen porcentajes diferentes a los señalados en la norma al momento de reconocer el derecho en actividad.

III. Pruebas obrantes en el expediente.

Fueron relacionadas como aportadas con la demanda las siguientes pruebas relevantes:

Por la parte demandante: Archivo 001

- Derecho de petición presentado ante la entidad el 5 de julio de 2022. (fs. 33- 35)
- Oficio N° 55711 del 11 de julio de 2022. (fs. 36-39)
- Extracto hoja de servicios del demandante. (fs. 40 – 41)
- Copia de la Resolución N° 4648 del 7 de mayo de 2019 a través de la cual se reconoce la asignación de retiro al demandante. (fs. 42 – 44)
- Certificación de último lugar de prestación de servicios. (f. 45)

Por parte de la entidad demandada: Archivo 012

- Expediente administrativo (fs. 28 – 82)

3. Alegatos de conclusión - parte demandante.

Alegó de conclusión solicitando al Despacho apartarse del precedente Jurisprudencial contenido en el fallo Unificación del Consejo de Estado de fecha 25 de Abril de 2019, al tenor de lo establecido en el principio de autonomía jurídica consagrado en el artículo 230 de la Constitución Política para defender una facultad de libertad interpretativa de las normas; por cuanto si bien es cierto él mismo, establece las partidas que deben ser tenidas en cuenta para la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, también es cierto que él mismo fallo no estudio de fondo las razones por las cuales existe una desigualdad, en cuanto al porcentaje de la partida denominada subsidio familiar que debe ser reconocida a la hora del retiro de la Fuerza.

Indicó que no existe una justificación motivada frente a la diferencia entre los porcentajes otorgados en el Decreto 1161 de 2014 y el 1162 de 2014 a unos y a otros Soldados; más aún, si se trata de personas iguales, vinculadas al Ministerio de Defensa a través del decreto 1793 de 2000 y sometidos al Decreto 1794 de 2000, por medio del cual “se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares”, quienes desempeñaban las mismas funciones, sometidas al mismo régimen especial, lo cual se acompasa, con el auto aclaratorio del Consejo de Estado, la cual señalo que la forma de liquidar el Subsidio familiar para los Soldados en Infantes de Marina profesionales en servicio activo no fue objeto del debate ni de los temas a unificar.

Solicitó inaplicar por inconstitucional el artículo 1 del Decreto 1162 de 2014, por cuanto es violatorio al principio Constitucional de Igualdad establecido en el artículo 13 de la Constitución. Derecho que ha sido debidamente definido y amparado en diferentes pronunciamientos de tanto del Consejo de estado como de nuestra Corte Constitucional, al establecer que no solamente la Constitución Política lo señala como uno de los derechos fundamentales, sino que es protegido por instrumentos internacionales de derecho Humanos, que conforme el numeral segundo del artículo 93 ibídem hacen parte del bloque de constitucionalidad.

4. Alegatos de conclusión - parte demandada.

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

El señor Agente del Ministerio Público guardó silencio.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Problema jurídico.

El litigio gira, principalmente, en torno a establecer si hay lugar a anular el acto acusado y en consecuencia ordenar a CREMIL, a reliquidar la asignación de retiro del demandante quien se desempeñó como soldado profesional teniendo en cuenta el 70% del 62.5% del subsidio familiar que percibió en actividad de conformidad con el artículo 5 del Decreto 1161 de 2004.

2. Solución al problema jurídico planteado.

El Decreto 1794 de 2000, Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, estableció en su artículo 11:

ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado **o con unión marital de hecho** vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad. Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente.

Posteriormente se expidió el Decreto 3070 de 2009, **Por el cual se deroga el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones, el cual dispuso:**

ARTÍCULO 1°. Derógase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000,

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

PARÁGRAFO SEGUNDO. 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,

Este Decreto fue anulado con efectos ex tunc por el Consejo de Estado mediante sentencia del 8 de junio de 2017, dentro del radicado 11001032500020100006500, al considerar:

(...)

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.

Además del análisis efectuado fundado en el juicio de razonabilidad de la medida regresiva cuestionada, esta Subsección considera que con base en la cláusula del Estado Social de Derecho, resulta imperativo favorecer en su decisión la vigencia de la norma de derecho social de mayor alcance, acogiéndose a la regla hermenéutica que rige en materia de derechos sociales, *in dubio pro justitia socialis*, e interpretar las normas a favor de los soldados profesionales, por cuanto que al serle aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el "bienestar", esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad.

(...)

Como corolario de lo argumentado, la Sala estima que las disposiciones contenidas en el Decreto 3770 de 2009 resultan ser contrarias a los fines esencial del Estado y al principio de progresividad consignado en el artículo 48 de la Constitución Política; vulneran los principios que proscriben la regresividad de los derechos sociales y la discriminación, afectando el principio de confianza legítima, la garantía a la igualdad, el derecho al trabajo y a la seguridad social; de raigambre constitucional e introducidos por los tratados y pactos internacionales suscritos por Colombia, así como las previsiones establecidas en la Ley 4 de 1992.

Posteriormente se expidió el **DECRETO 1161 DE 2014, Por el cual se crea el subsidio familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales y se dictan otras disposiciones, el cual dispuso en su artículo 1 y 5 lo siguiente:**

ARTÍCULO 1º. Subsidio Familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales. Créase, a partir del 1º 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, 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.

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 01 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 del 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.

Así mismo se expidió el DECRETO 1162 DE 2004, "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 cual estableció:

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.

Ahora bien, el Consejo de Estado en providencia **SUJ -015-CE-S2-2019 del 28 de abril de 2019**, unificando el criterio sobre este aspecto, la cual en el análisis del subsidio familiar de los diferentes decretos, incluidos los 1161 y 1162 de 2014 el indicó:

182. Es de anotar que el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009 fue declarado nulo por la Sección Segunda, Subsección B, en providencia del 8 de junio de 2017¹, con lo cual revivió el artículo 11 del Decreto 1194 de 2000 que consagraba el derecho al subsidio familiar para los soldados profesionales casados o en unión libre.

183. Ahora bien, en desarrollo de las Leyes 4 de 1992 y 923 de 2004, el presidente de la República expidió el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014², por medio del cual creó nuevamente el subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales, a partir del 1 de julio de 2014³. Adicionalmente, en el artículo 5, se incluyó el subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro y la pensión de invalidez, en valor del 70% de lo que se devengue por dicho concepto en servicio activo, en los siguientes términos:

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,

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de junio de 2017, radicación: 110010325000201000065 00(0686-2010), actor: Fundación Colombiana Sentimiento Patrio de los soldados e infantes de Marina Profesionales «SEDESOL».

² «Por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones».

³ «ARTÍCULO 1º. Subsidio Familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales. Créase, a partir del 1º 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, 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. 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 01 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 párrafo, 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».

liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 o normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

184. En la misma fecha, se expidieron disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los soldados profesionales y los infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares, a través del Decreto 1162 de 2014 el cual, en su artículo 1 previó lo siguiente:

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.

185. Las normas en comento llevan a concluir que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004⁴, 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: (Negrilla fuera de texto)

- 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 2009⁵, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida⁶.** (Negrilla fuera de texto)

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%⁷ para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000⁸ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida. (Negrilla fuera de texto)

⁴ Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

⁵ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

⁶ Artículo 5 del Decreto 1161 de 2014.

⁷ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014

⁸ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009. 146 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 17 de octubre de 2013, radicación: 110010315000201301821 01 (AC), actor: José Narcés López Bermúdez.

(...)

"251. Así las cosas, es plausible concluir que no se presenta una vulneración del derecho a la igualdad al fijar unos porcentajes de liquidación de la asignación de retiro diferentes para los soldados profesionales de los que rigen para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

252. En conclusión: 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."

Y como reglas de unificación estableció las siguientes:

253. 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 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.

De conformidad con lo expuesto es claro que con la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, 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

En esa medida en cuanto la aplicación de los referidos decretos es claro que a partir de julio de 2014, es regla de unificación que, aparte ser parte integrante para la liquidación de la asignación de retiro, el porcentaje del 30% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000, por disposición del Decreto 1162 de 2014 y

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%⁹ 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, esto es la establecida del Decreto 1794 de 2000.

Caso concreto

En el presente caso se tiene que el demandante Joaquín Fernando Ávila, ingreso a prestar el servicio como soldado regular el 30 de octubre de 1998, luego se vinculó como soldado voluntario el 20 de julio de 2000 y como soldado profesional el 20 de octubre de 2003, hasta el 08 de febrero de 2019 (fl. 40-001).

De conformidad con la hoja de servicios, el actor devengó el subsidio familiar en el porcentaje del 4%, por virtud del artículo 11 Decreto 1794 de 2000, toda vez que sostenía una unión libre con la señora Dora Emilse López Amaya, veamos:

RECONOCIMIENTO VIGENTE DEL SUBSIDIO FAMILIAR					
Beneficiario	Parentesco	Clase	Nro.	Fecha	Fec. Fisc.
AMAYA LOPEZ DORA EMILSE	COMPAÑERÍA	QAP-EJC	1467	30-08-2009	06-03-2009
					Porcentaje
					4.00
					4.00

HABERES ULTIMA NOMINA FEBRERO/2019 DIAS : 30 GRADO : SLP*		
Descripción	Porc.	Valor
SUELDO BASICO		1,324,986.00
SEGURO DE VIDA SUBSIDIADO	.00	14,316.00
DEVOLUCIÓN PARTIDA DE ALIMENTACIÓN PARA TODOS	.00	235,172.00
LOS SOLDADOS		
PRIMA ANTIGÜEDAD SOLDADO PROFESIONAL	58.50	775,118.81
SUBSIDIO FAMILIAR	4.00	828,116.25
		3,177,707.06

Por medio de Resolución No. 4648 del 07 de mayo de 2019, CREMIL reconoció asignación de retiro al demandante, en la cual se le reconoció el 30% por la partida de subsidio de familia (fl. 40-001), por virtud del Decreto 1162 de 2014:

Liquidación	Porcentaje	Valor
Sueldo básico (SMMLV + 60%)		\$1,324,986.00
	70.00%	\$927,490.00
Prima de antigüedad	38.50%	\$357,084.00
Subsidio familiar	30.00%	\$248,435.00
	Valor Asignación:	\$1,533,009.00

⁹ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014

Pretende el actor que se inaplique el Decreto 1162 de 2014 y se de aplicación al artículo 5 del Decreto 1161 de 2014 y que adicionalmente se inobserve la Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019 citada.

Al respecto se debe indicar que la normativa establecida en el Decreto 1161 tuvo como finalidad la creación del subsidio familiar para aquellos que a la entrada en vigencia del Decreto 3770 de 2009 no lo hubieran causado y se puede decir también que para aquellos que se vinculen a la fuerza con posterioridad a su vigencia.

Por su parte la finalidad del Decreto 1162 fue la de integrar el subsidio familiar previsto en el Decreto 1794 de 2000 como partida computable de las asignaciones de retiro del personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, en los términos del párrafo 1 del artículo 1 del Decreto 3770 de 2009.

Ahora bien, se podría indicar que si bien es cierto se trata del mismo beneficiario en ambos decretos (soldados profesionales), y que con base ello no habría lugar a generar discriminaciones en la aplicación de uno y otro como lo afirma el actor, lo cierto es que el desarrollo normativo que pertenece al reconocimiento y pago del subsidio familiar de estos dio génesis a una clasificación entre grupos del mismo personal que, en consideración a su fecha de ingreso y retiro del servicio, se encuentran en condiciones de derecho distintas, situación que al tener sustento en la facultad legislativa otorgada por la Ley 923 de 2004 al ejecutivo relativa a la fijación del régimen prestacional, no se puede tener como contraviniente del artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, pues es valedero en materia de seguridad social establecer condiciones diferentes y tratos diferenciados por razón de la entrada en vigencia de un régimen al persona que ingresa a ser beneficiario de aquel. Lo que no es valedero es que tal régimen no prevea las situaciones de personas que venían consolidando un derecho y que, por tanto, merecen un trato diferenciado (derecho adquirido).

En el presente caso, no es posible permitir la aplicación del Decreto 1161 de 2014 al caso del actor, pues se trata de una persona que ha venido siendo destinatario del Decreto 1794 de 2000, siendo beneficiario del subsidio familiar del 62.5% y que por virtud de ser destinatario de ese decreto, se expidió para el y para todos los que se encuentran en situación similar el Decreto 1162 de 2014 que estableció el 30% como partida computable para la asignación de retiro, situación que se puede catalogar como un régimen de transición por cuanto al final de las cosas y por el paso de tiempo

este Decreto 1162 esta llamado a fenecer en su aplicación, en la medida que va a encontrar más destinatarios. Situación diferente ocurre con el Decreto 1161 el cual nació en el propósito unificar el régimen que en materia de subsidio familiar se aplica, pues de él dependerán todos aquellos que a la entrada en vigencia del Decreto 3770 de 2009 no lo hubieran causado para aquellos que se vinculen a la fuerza con posterioridad a su vigencia.

Luce pertinente indicar que, por aplicación del principio de inescendibilidad normativa, no es procedente aplicar al actor quien es destinatario del Decreto 1162, las prerrogativas del Decreto 1161 de 2014, establecidas para el nuevo personal o para aquel que no hubiere percibido el beneficio, son situaciones de hecho abiertamente diferenciales y que no están llamadas a contravenir el ordenamiento legal y superior, pues los antecedentes para su creación sustentan el trato diferenciado, al paso que obligan a aplicar al momento del reconocimiento la normativa vigente al momento de causación de tal derecho.

Sobre la aplicación de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia del veinticuatro (24) de agosto de dos mil dieciocho (2018), dentro del radicado 25307-33-33-001-2015-00453-01, sostuvo:

La normativa en comento concretó el *corpus iuris* de aplicación regular al personal de soldados profesionales, en tratándose del reconocimiento y pago del subsidio familiar y la inclusión de dicha partida en el cómputo de las asignaciones de retiro de ese personal, momento a partir del cual pueden identificarse las siguientes situaciones fácticas genéricas:

SITUACIÓN TIPO <small>[Soldados Profesionales e Infantes de Marina]</small>	SUBSIDIO FAMILIAR	
	EN ACTIVIDAD	COMO PARTIDA COMPUTABLE EN LA ASIGNACIÓN DE RETIRO
Beneficiarios del subsidio familiar previsto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, cuyo retiro ocurrió antes del 1° de julio de 2014. <small>[Subsidio causado antes de entrada en vigencia del Decreto 3770 de 2009]</small>	.- Monto: 4% de la asignación básica más el valor reconocido por prima de antigüedad, esto es: dependiendo de la antigüedad, un porcentaje entre el 10.5% y el 62.5% de la asignación básica. .- Fuente normativa: artículos 11 y 2 del Decreto 1794 de 2000.	No fue prevista como partida computable para la asignación de retiro con anterioridad a la expedición del Decreto 1162 de 2014. .- Fuente normativa: artículo 13 del Decreto 4433 de 2011.
Beneficiarios del subsidio familiar previsto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, cuyo retiro ocurrió el 1° de julio de 2014 o después. <small>[Subsidio causado antes de entrada en vigencia del Decreto 3770 de 2009]</small>	.- Monto: 4% de la asignación básica más el valor reconocido por prima de antigüedad, esto es: dependiendo de la antigüedad, un porcentaje entre el 10.5% y el 62.5% de la asignación básica. .- Fuente normativa: artículos 11 y 2 del Decreto 1794 de 2000.	Constituyó partida computable para la asignación de retiro solo a partir del 1° de julio de 2014. .- Monto: 30% del valor total reconocido al momento del retiro. .- Fuente normativa: Decreto 1162 de 2014.
Beneficiarios del subsidio familiar previsto en el Decreto 1161 de 2014, cuyo retiro ocurrió el 1° de julio de 2014 o después	.- Monto: dependiendo de la conformación del núcleo familiar, el monto del subsidio oscilaba entre el 20% y el 26% de la asignación básica. .- Fuente normativa: artículo 1 del Decreto 1161 de 2014.	Constituyó partida computable para la asignación de retiro solo a partir del 1° de julio de 2014. .- Monto: 70% del valor total reconocido al momento del retiro.

Como secuela, se obtiene que el desarrollo normativo que atañe al reconocimiento y pago del subsidio familiar a los soldados profesionales e infantes de marina de las Fuerzas Militares, y la inclusión de tal emolumento como partida computable en las asignaciones de retiro, generó una suerte de clasificación entre grupos del mismo personal que, en consideración a su fecha de ingreso y retiro del servicio, se encuentran en condiciones de derecho distintas.

(...)

La Sala se permite derivar las siguientes conclusiones:

c.1. El reconocimiento del subsidio familiar a soldados e infantes de marina de las Fuerzas Armadas en actividad, debe efectuarse de conformidad con la norma vigente al momento de causación de tal derecho, prerrogativas y condiciones que deberán permanecer incólumes siempre y cuando no se extinga la aptitud para percibir tal asignación, así: *i.* De acuerdo con el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, para quienes de acuerdo con esa norma, hubieren reunido los requisitos para disfrutar del subsidio familiar hasta antes del 1° de julio de 2014, fecha de entrada en vigencia del Decreto 1161 de 2014, *ii.* De conformidad con las condiciones impuestas y en los valores previstos por el Decreto 1161 de 2014, respecto de aquellos que causaron el derecho a devengar el subsidio familiar a partir de 1° de julio de 2014.

c.2. Los beneficiarios del subsidio familiar previsto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 que causen el derecho a devengar una asignación de retiro o pensión de invalidez a partir del 1° de julio de 2014, tienen derecho a que el treinta por ciento (30%) del mencionado subsidio integre la base de liquidación de la prestación, el cual será sumado en forma directa al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, en los precisos términos del Decreto 1162 de 2014.

c.3. Los beneficiarios del subsidio familiar previsto en los artículos 1 a 4 del Decreto 1161 de 2014 que causen el derecho a devengar una asignación de retiro o pensión de invalidez a partir del 1° de julio de 2014, tienen derecho a que el setenta por ciento (70%) del mencionado subsidio integre la base de liquidación de la prestación, el cual será sumado en forma directa al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, en los precisos términos del artículo 5 del Decreto 1161 de 2014.

c.4. Las normas sobre inclusión del subsidio familiar en la base de liquidación de las asignaciones de retiro y pensiones de invalidez contenidas de manera diferencial en el artículo 5 del Decreto 1161 de 2014 y en el Decreto 1162 de 2014, son comprensivas del cambio normativo ocasionado en virtud de la subrogación del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 por parte de los artículos 1 a 4 del Decreto 1161 de 2014, y de lo disímil del *quantum* de reconocimiento de ese estipendio en cada norma.

c.5. Como consecuencia de todo lo anterior, las reglas contenidas en el artículo 5 del Decreto 1161 de 2014 y en el Decreto 1162 de 2014 deben ser aplicadas a cabalidad de acuerdo con la condición de hecho de cada caso específico, por lo que no es posible dar aplicación al artículo 5° del Decreto 1162 de 2014 a los beneficiarios del subsidio familiar previsto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

En providencia más reciente¹⁰, acogiendo el criterio unificador proferido por el Consejo de Estado el 25 de abril de 2019, sostuvo:

Así las cosas, con el objetivo de garantizar los principios de seguridad jurídica, integridad y aplicación uniforme del derecho, e igualdad material de las partes, la Subsección atiende, acata y hace suyos los planteamientos expuestos en el proveído de unificación, a partir del cual modifica su posición sobre la inaplicación del párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, acoge la tesis de progresividad en la normativa referente a las asignaciones de retiro de los soldados e infantes de marina, y se permite derivar las siguientes conclusiones:

- a. El reconocimiento del subsidio familiar a Soldados e Infantes de Marina de las Fuerzas Armadas en actividad, **debe efectuarse de conformidad con la norma vigente al momento de causación de tal derecho**, prerrogativas y condiciones que deberán permanecer incólumes siempre y cuando no se extinga la aptitud para percibir tal beneficio, así: *i.* De acuerdo con lo previsto por el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, para quienes hubieren reunido los requisitos para disfrutar del subsidio familiar hasta antes del 1° de julio de 2014, fecha de entrada en vigencia del Decreto 1161 de 2014, o *ii.* De conformidad con las condiciones impuestas y en los valores previstos por el Decreto 1161 de 2014, respecto de aquellos que causaron el derecho a devengar el subsidio familiar a partir de 1° de julio de 2014.
- b. Las normas sobre inclusión del subsidio familiar en la base de liquidación de las asignaciones de retiro y pensiones de invalidez contenidas de manera diferencial en el artículo 5 del Decreto 1161 de 2014 y en el Decreto 1162 de 2014, son comprensivas del principio de progresividad.
- c. Los beneficiarios del subsidio familiar previsto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 que causen el derecho a devengar una asignación de retiro o pensión antes del 1° de julio de 2014, no tienen derecho a la inclusión del subsidio familiar como partida computable de esas prestaciones.
- d. Los beneficiarios del subsidio familiar previsto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 que causen el derecho a devengar una asignación de retiro o pensión a partir del 1° de julio de 2014, tienen derecho a que el treinta por ciento (30%) del mencionado subsidio integre la base de liquidación de la prestación, el cual será sumado en forma directa al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión, en los precisos términos del Decreto 1162 de 2014.
- e. Los beneficiarios del subsidio familiar previsto en los artículos 1 a 4 del Decreto 1161 de 2014 que causen el derecho a devengar una asignación de retiro o pensión a partir del 1° de julio de 2014, tienen derecho a que el setenta por ciento (70%) del mencionado subsidio integre la base de liquidación de la prestación, el cual será sumado en forma directa al valor que corresponda por concepto de

¹⁰ Sentencia del veinticinco (25) de octubre de dos mil veintidós (2022), radicado 11001-3335-010-2016-00492-01

asignación de retiro o pensión de invalidez, en los precisos términos del artículo 5 del Decreto 1161 de 2014.

- f. Como consecuencia de todo lo anterior, las reglas contenidas en el artículo 5 del Decreto 1161 de 2014 y en el Decreto 1162 de 2014 deben ser aplicadas a cabalidad de acuerdo con la condición de hecho de cada caso específico.

De otro lado, no es de recibo para este fallador el argumento del actor que indica que el Consejo de Estado en la sentencia de unificación 25 de abril de 2019 no hizo referencia a la aplicación de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, como quedó referenciado.

Sumado a lo expuesto, normativa y jurisprudencialmente esta decantado la manera en que deben aplicarse los decretos en comento y no es posible para este fallador desconocer tanto la norma como la sentencia de unificación, entre otras cosas por lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, que dispone:

ARTÍCULO 10. DEBER DE APLICACIÓN UNIFORME DE LAS NORMAS Y LA JURISPRUDENCIA. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

De colofón, para esta sede judicial no existen elementos probatorios ni normativos que permitan acceder a lo pretendido por el demandante, por manera que no se logra desvirtuar la presunción de legalidad de los actos acusados y en ese sentido se negaran las pretensiones de la demanda.

COSTAS

De conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el numeral 8º del artículo 365 del Código General del Proceso¹¹, no hay lugar a la condena en costas, porque se trató de una condena parcial y no se demostró su causación. Lo anterior acorde con el Artículo 2º, Parágrafo 4º del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura “Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”.

¹¹ **“Artículo 365. Condena en costas.**

En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTICINCO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO. - Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - Sin condena en costas.

TERCERO. - En firme esta sentencia, liquídense los gastos procesales, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si los hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

CUARTO. - La presente providencia se notifica a las partes, de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), en concordancia con el artículo 291 del Código General del Proceso (CGP).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

ANTONIO JOSÉ REYES MEDINA
Juez

mas

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: **d34b352b1407a9669033d22002691bcbf46c7d6d879e8f2a5b4e5f2d8395542c**

Documento generado en 31/10/2023 12:23:33 PM

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