



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué (Tolima), cuatro (4) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

RADICACIÓN: 73001-33 -33-011-2020-00242-00

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: SERGIO YULE VALENCIA

DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL

TEMA: REAJUSTE ASIGNACIÓN DE RETIRO SUBSIDIO FAMILIAR

1. ASUNTO

Como el proceso se ha rituado conforme a las reglas adjetivas que le son propias sin que se observe causal alguna que pueda invalidar lo actuado, procede el despacho a proferir la sentencia que en derecho corresponda, dentro del medio de control de **nulidad y restablecimiento del derecho** de la referencia, incoado por **Sergio Yule Valencia** en contra de la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – Cremil**.

2. ANTECEDENTES

2.1. La demanda¹

2.1.1. Pretensiones²

Fueron determinadas y enlistadas por el apoderado del demandante en la siguiente manera:

1. *Previos los cumplimientos de los rituales procesales se declare la nulidad parcial del acto administrativo distinguido así: RESOLUCION No 3886 DEL 26 DE MARZO DEL 2020. Proferido por la Caja De Retiro De Las Fuerzas Militares “Cremil” en la que se reconoció la asignación de retiro.*

¹ Cuaderno principal, archivo 03.

² Cuaderno principal, archivo 03, folio 2 a 3.

2. *Que se inaplique parcialmente por inconstitucional el Decreto 1162 del 2014 por violar derechos fundamentales, en relación al porcentaje de inclusión del subsidio de familia un 30%.*
3. *Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene a LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL” A Reajustar y Re liquidar la asignación de retiro de mi poderdante con fundamento en las siguientes causales:*
 - a) *Se Reajuste y Reliquide la asignación de retiro en la partida conocida como subsidio de familia tomando el 70% o el 100% de lo devengado en actividad como partida computable.*
4. *Ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre la liquidación solicitada y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro desde el reconocimiento de la pensión y hasta el cumplimiento de la sentencia.*
5. *Ordénese a la entidad demandada que una vez hecha la reliquidación se le continúe pagando a nuestro poderdante la asignación de retiro con el nuevo valor que arroje.*
6. *Que se condene al pago de intereses moratorios desde la fecha de la sentencia hasta que se haga efectivo el respetivo pago.*
7. *La liquidación de las anteriores condenas deberá efectuarse mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia, debiendo ajustarse con base en el Índice de Precios al Consumidor I. P. C. certificado por el DANE.*
8. *La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 189 a 192 de la ley 1437 del 2011 y demás normas concordantes para su cumplimiento en los términos legales, se comunique la sentencia a LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL”. por intermedio de su representante legal.*
9. *Que se condene en costas a la entidad demandada, incluidas las agencias en derecho, de acuerdo a lo establecido en el artículo 188 de la ley 1437/2011 y en la sentencia C-539 de 28 de julio de 1999 de la Honorable Corte Constitucional.*

2.1.2. Hechos³

Las pretensiones se fundamentan en los siguientes aspectos facticos:

³ Cuaderno principal, archivo 03, folio 3.

1. *El demandante estuvo vinculado al Ejército Nacional de Colombia por más de 20 años, tiempo que le otorgan el derecho a disfrutar de una asignación de retiro a cargo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.*
2. *CREMIL- liquida el subsidio de familia del actor como partida computable en la Asignación de Retiro en un 30% de lo devengado en actividad según Decreto 1162 de 2014.*
3. *El Decreto 1161 del 2014 regula para soldados el subsidio de familia como partida computable en la asignación de retiro en un 70%.*
4. *El Decreto 4433 del 2004 regula para oficiales y suboficiales el subsidio de familia al 100% de lo devengado en actividad.*
5. *Se le reconoció al demandante Asignación de Retiro mediante resolución No. 3886 del 26 de marzo del 2020.*

2.1.3. Normas violadas y concepto de violación⁴

Señaló como normas violadas por la entidad demandada los artículos 1, 2, 6, 11, 13, 53 y 90 de la Constitución Política; 138 de la Ley 1437 de 2011, Ley 4ª de 1992, la Ley 131 de 1985, el Decreto 1794 de 2000, el Decreto 1793 de 2000 y el Decreto 4433 de 2004.

Como argumentos para sustentar el concepto de violación señaló el apoderado que al tomar la entidad el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro solo en un 30%, violó el derecho a la igualdad; asegura expresa que el 10 de octubre de 2019 se resolvieron solicitudes de adición y aclaración en la sentencia de unificación SUJ-015 CE-S2-2019 - Radicado 850013333002201300237-01, concluyendo que allí no se estableció regla sobre el porcentaje de inclusión del subsidio familiar como partida computable, motivo por el cual se hace necesario realizar un test de igualdad sobre el porcentaje en el cual se debe incluir el subsidio familiar como partida computable, pues manifiesta que el Decreto 1161 de 2014, es inconstitucional por violación del derecho a la igualdad frente a los soldados profesionales porque el Decreto 1162 de 2014 consagró su inclusión con una tasa de remplazo del 70%.

⁴ Cuaderno principal, archivo 03, folio 4 a 15.

Adujo que con la expedición del Decreto 1162 de 2014 se dispuso tener en cuenta el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales, pero no en los mismos términos establecidos para los oficiales y suboficiales, sino en el 30% del valor percibido en actividad, y que así mismo el Decreto 1161 de 2014, estableció este factor para otro grupo de soldados profesionales en un porcentaje del 70% de lo devengado en actividad, concluyendo que el trato diferencial es inconstitucional y que el mismo se presenta no solo con oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, sino entre los mismos soldados profesionales, siendo una medida regresiva frente al derecho prestacional.

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

2.2. Contestación de la demanda⁵

Por conducto de apoderada la entidad expresó oponerse a las pretensiones, argumentando que 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%.

Aduce 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.

Referenció la Sentencia de Unificación 850013333002 201300237 01 del 25 de abril de 2019 para expresar que, el reconocimiento del subsidio familiar se fundamenta en las normas vigentes durante el tiempo de actividad del

⁵ Cuaderno principal, archivo 19.

demandante, ya que, como consecuencia de estas, el soldado realiza los aportes para asignación de retiro con los porcentajes señalados en la norma aplicable, por lo cual no se entiende por qué el demandante pretende que se le apliquen porcentajes diferentes a los señalados en la norma al momento de reconocer el derecho en actividad.

Frente al derecho a la igualdad refiere que es claro que existe una justificación jurídicamente válida para el trato diferenciado entre los Soldados Profesionales y los Oficiales y Suboficiales, no obstante, la parte demandante señala que la vulneración del derecho a la igualdad se está presentando frente a los demás SLP que devengarán el 70%, sin advertirse una ponderación clara que avizore su situación de desigualdad, o desmejoramiento frente a dichos SLP sin tener en cuenta por ejemplo, que dicho reconocimiento (70% Subsidio Familiar) se prescribe para aquellos que nunca la hayan devengado, por el contrario, se concibe que el legislador previo este reconocimiento, precisamente a efectos de igualar la situación de los SLP que no hubieren devengado el Subsidio familiar, frente a aquellos que si lo hicieron, como por ejemplo el actor.

Señaló que antes del año 2014 no se establecía en la ley el subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, y que ello se dio a raíz de la expedición de los decretos 1161 y 1162 de 2014, momento a partir del cual se tendría como factor computable en el porcentaje del 30% para quienes venían devengando el subsidio en vigencia de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, y en porcentaje del 70% para quienes aún no lo percibían, frente a lo cual señaló que el Consejo de Estado, concluyó en la sentencia SU del 25 de abril de 2019 que era una diferenciación válida en tanto la adquisición de dichas prebendas se entiende como una expresión del principio de progresividad, aunado al hecho de que es la situación particular de los soldados profesionales la que enmarca la particularidad normativa que debe aplicarse al momento de establecer la asignación de retiro.

Con base en tales razonamientos, propuso las excepciones que denominó: *Subsidio familiar como partida computable, no configuración a la violación del derecho a la igualdad, legalidad de las actuaciones efectuadas por la caja de retiro de las fuerzas militares, no configuración de causal de nulidad y no procedencia de la causal de falsa motivación en las actuaciones de Cremil.*

3. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue radicada el 13 de noviembre de 2020 y repartida a este despacho en la misma fecha⁶. Fue inadmitida mediante auto del 13 de octubre de 2021⁷, posteriormente se admitió en providencia del 26 de abril de 2022⁸ en la cual se dispuso notificar al representante legal de la entidad demandada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al delegado del Ministerio Público.

El 16 de agosto de 2022 por secretaría se dejó constancia⁹ que el día 21 de julio de 2022 venció el término de treinta (30) días de traslado de la demanda conforme al artículo 172 del CPACA, con escrito de contestación por parte de la entidad demandada; igualmente, el 4 de agosto de 2022 venció el término con que contaba el accionante para adicionar, aclarar o modificar la demanda, el cual transcurrió en silencio.

Con providencia del 2 de octubre de 2023¹⁰ se adecuó el trámite procesal a efectos de proferir sentencia anticipada, para lo cual se incorporaron los medios de convicción aportados, se fijó el litigio u objeto de controversia, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y por el mismo término al agente del Ministerio Público para emitir concepto, si a bien lo consideraba.

Por secretaría se dejó constancia el 25 de octubre de 2023¹¹ indicando que, una vez vencido el respectivo término, las partes alegaron de conclusión y el Ministerio Público no emitió concepto de fondo; ingresó en dicha fecha el proceso al Despacho para sentencia.

3.1. Alegatos de conclusión

3.1.1. Parte demandante¹²

Reiteró en si mayor parte los argumentos expuestos en la demanda, añadiendo que al hacer un juicio de proporcionalidad, frente a la situación de los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional, con los soldados profesionales, se evidencia que se trata de supuestos de hecho equivalentes, situaciones de hecho idénticas

⁶ Cuaderno principal, archivo 02.

⁷ Cuaderno principal, archivo 06.

⁸ Cuaderno principal, archivo 13.

⁹ Cuaderno principal, archivo 21.

¹⁰ Cuaderno principal, archivo 22.

¹¹ Cuaderno principal, archivo 27.

¹² Cuaderno principal, archivo 24.

y con similitudes más relevantes que las diferencias, por lo cual debe otorgárseles el mismo trato.

3.1.2. Parte demandada¹³

Argumenta que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció el derecho a la asignación de retiro del actor mediante Resolución No. 3886 del 26 de marzo de 2020, por haber acreditado un tiempo de servicio de 20 años, 5 meses y 11 días; al momento del reconocimiento de la prestación, la partida computable del subsidio familiar fue incluida y liquidada en el mismo porcentaje que dispuso la ley, pues cierto es, que, a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, no realiza reconocimientos que no estén debidamente fundamentados en la ley; posteriormente reitera los argumentos esbozados en la contestación de la demanda.

3.1.3. Concepto Ministerio Público¹⁴

Guardó silencio.

4. CONSIDERACIONES

4.1. Problema jurídico

El problema jurídico se contrae en determinar si el señor **Sergio Yule Valencia** tiene derecho a que se le reliquide su asignación de retiro con la inclusión del 70 o 100% del subsidio familiar.

La conclusión determinará si es nula parcialmente la Resolución No 3886 del 26 de marzo del 2020, proferida por la Caja De Retiro De Las Fuerzas Militares “Cremil”.

4.2. Tesis

Conforme a los medios de prueba aportados al proceso colige el Juzgado que no le asiste derecho al señor **Sergio Yule Valencia** a que se le reliquide su asignación de retiro con la inclusión del 70 o 100% del subsidio familiar, esto en razón a que el trato jurídico diferenciado en relación a la forma de

¹³ Cuaderno principal, archivo 25.

¹⁴ Cuaderno principal, archivo 27.

liquidación del subsidio familiar en la asignación de retiro entre soldados profesionales y los oficiales y suboficiales, y entre dos grupos de soldados profesionales, se encuentra justificado en las premisas fácticas que se aplican a una u otra norma en relación a aquellos.

Por tanto, se determina que no es nula parcialmente Resolución No 3886 del 26 de marzo del 2020, proferida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares “Cremil”.

4.3. Marco normativo y jurisprudencial aplicable

4.3.1. Subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro

De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1° y 2° de la Ley 21 de 1982, el subsidio familiar se define de la siguiente manera:

“ARTICULO 1. El subsidio Familiar es una prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de mediano y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad. Parágrafo. Para la reglamentación, interpretación y en general, para el cumplimiento de esta Ley se tendrá en cuenta la presente definición de subsidio familiar.

ARTICULO 20. El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso. Se tiene entonces, que el referido subsidio fue concebido por la Ley, como una prestación social, que beneficia a las personas de bajos ingresos, con destino a quienes dependen de ellas y con el fin de proteger la familia”.

Debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional, en sentencia C-508 de 1997, sostuvo que el subsidio familiar ostenta una triple condición: la de prestación legal de carácter laboral, la de mecanismo de redistribución del ingreso y la de función pública desde la óptica de la prestación del servicio. Se tiene entonces, que se trata de una prestación social cuya finalidad, es solventar las cargas económicas del trabajador beneficiario, con el objetivo fundamental, de proteger de manera integral a la familia como núcleo básico de la sociedad.

El Decreto 1794 del 2000 reguló la asignación básica de los soldados

profesionales y en su artículo 11, estableció que tendrían derecho a devengar un subsidio familiar, en los siguientes términos:

“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, con la expedición del Decreto 3770 de 2009 se derogó el artículo 11 del Decreto Ley 1794 de 2000 y con ello, los soldados profesionales perdieron el derecho a percibir el subsidio familiar. Sin embargo, la mentada norma contempló un régimen de transición en materia de subsidio familiar, bajo el siguiente tenor literal:

“Artículo 1. Derogase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000. PARÁGRAFO PRIMERO. Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio.”

PARÁGRAFO 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”.

En aras de eliminar la situación de desigualdad creada a los Soldados Profesionales con la norma previamente referida, el gobierno nacional expidió el Decreto 1161 de 2014, mediante el cual, se crea nuevamente el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales que no lo percibían a la luz de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009 y se establece, que dicha partida será tenida en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro, así:

“Artículo 1°. Subsidio Familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales. Créase, a partir del 1° de julio de 2014, para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no perciben el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, así:

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

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

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

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

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

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

(...)

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

4.3.2. Sentencia del 18 de agosto de 2022, Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁵

Reviste de vital importancia la referencia en particular a esta providencia, puesto que en esa oportunidad conoció nuestro órgano de cierre de medio de control de nulidad en el que se perseguía la declaratoria de nulidad parcial del artículo 1° del Decreto 1162 de 2014, esto en relación al porcentaje de inclusión del subsidio de familia en un 30% en la asignación de retiro; el concepto de violación en ese proceso es idéntico al que nos ocupa en el *sub examine* en virtud de que el accionante en dicho litigio ante el Consejo de Estado, es el acá apoderado de la parte actora.

Así entonces, la Sección Segunda abordó un primer problema jurídico consistente en determinar si el artículo 1° del Decreto 1162 de 2014 infringía el derecho a la igualdad de los soldados profesionales que reciben el subsidio familiar en los términos de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, toda vez que prevé un trato diferenciado en relación (i) con los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y (ii) con los soldados profesionales que devengan el subsidio familiar consagrado en el Decreto 1161 de 2014.

Ante tal controversia, y luego de la realización de un juicio de igualdad, determinó la citada Corporación con relación a la comparación de la situación entre oficiales, suboficiales y soldados:

¹⁵ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá, D. C., dieciocho (18) de agosto de dos mil veintidós (2022) Referencia: NULIDAD Radicación: 11001-03-25-000-2019-00457-00 (3474-2019) Demandante: DUVERNEY ELIUD VALENCIA OCAMPO Demandados: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y OTROS Temas: Subsidio familiar percibido por soldados profesionales de las Fuerzas Militares y su inclusión como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez.

(...)Visto lo anterior, en el presente caso no se cuestiona el hecho consistente en que el porcentaje que se tiene en cuenta del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro es distinto entre las dos categorías de personal militar objeto de comparación. Pese a ello, la disparidad de tratamiento entre oficiales, suboficiales y soldados tiene justificación en supuestos fácticos y jurídicos constitucionalmente admisibles tales como la jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y las partidas respecto de las cuales efectúan cotizaciones.

La pertenencia de estos sujetos a grupos jurídicamente diferenciados hace que no exista un tertium comparationis, que es el primer presupuesto para poder siquiera avanzar en el estudio de la transgresión del derecho a la igualdad. De allí que en lo que se refiere a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares deban descartarse las acusaciones por violación de aquel derecho.”

En igual sentido, luego de realizado juicio de igualdad entre los soldados profesionales que devengan el subsidio familiar del Decreto 1794 de 2000 y el mismo personal que recibe el subsidio en los términos del Decreto 1161 de 2014, señaló el Consejo de Estado:

“(...)Nótese entonces que, aunque el demandante pidió analizar únicamente el supuesto trato discriminatorio generado por el porcentaje del subsidio familiar que se tiene como partida computable de la asignación de retiro, ese razonamiento pierde de vista que la base a la que se le aplica dicho porcentaje (sea del 30% o del 70%) está dada por el valor del subsidio familiar que se percibe en actividad, prestación última que también se calcula de manera diferenciada para cada uno de los grupos objeto de comparación (4% del salario básico más el 100% de la prima de antigüedad o hasta el 26% del salario básico, según las circunstancias del caso).

De allí emergen dos conclusiones. La primera es que, como las normas que consagran el derecho al subsidio familiar en servicio activo (artículos 11 del Decreto 1794 de 2000 y 1 del Decreto 1161 de 2014) no fueron demandadas, su análisis resulta ajeno al presente medio de control. En ese orden de ideas, si se tiene como premisa la legalidad del trato desigual que establecen dichos preceptos, hay que concluir que, en los términos en que fue planteada la demanda, no es posible ubicar a los dos grupos de soldados en un plano semejante que los haga comparables entre sí pues la discriminación que se censura (el subsidio familiar de cara a la asignación de retiro), se basa en otro trato desigual que se presume ajustado a derecho (el subsidio familiar devengado en actividad).

En conclusión, *el aparte acusado del artículo 1 del Decreto 1162 de 2014 no desconoce el artículo 13 de la Constitución Política por infracción del derecho a la igualdad de*

los soldados profesionales que reciben el subsidio familiar en los términos de los Decretos 1794 de 2000. Frente a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, porque los soldados profesionales no están en una situación fáctica de igualdad que permita comparar sus derechos prestacionales a efectos de equiparlos. Y en relación con los soldados que devengan el subsidio del Decreto 1161 de 2014, porque aunque se encuentren en una situación fáctica semejante, lo cierto es que a nivel normativo existen otras diferencias amparadas por la presunción de legalidad que impiden que las cuestiones objeto de análisis sean cotejables entre sí.”

En esa misma línea, nuestro órgano de cierre también se pronunció sobre la alegada transgresión a la Ley 4 de 1992 por generar una desmejora en las condiciones salariales y prestacionales de los soldados e infantes de marina profesionales, al respecto indicó:

“(…)Lo anterior permite colegir que el aparte acusado no desconoció los derechos adquiridos de los soldados profesionales a quienes les resulta aplicable, pues no se vieron desmejorados en sus derechos. Contrario a ello, con el Decreto 1162 de 2014 vieron adicionadas las partidas computables para la liquidación de su asignación de retiro y pensión de invalidez. Ciertamente, en este evento no se observa que existiera un derecho que hubiera ingresado al patrimonio de sus titulares y mucho menos que lo hubiera hecho con arreglo a las normas vigentes. En consecuencia, este razonamiento permite entender que no se han desconocido los derechos adquiridos de los soldados profesionales frente al subsidio familiar que regula el Decreto 1162 de 2014”.

De igual forma se determinó que la forma en que se reconoce el subsidio familiar como partida computable a la asignación de retiro de los soldados profesionales a partir de julio de 2014, no configuró una medida regresiva:

“(…)Bajo ese contexto, lejos de contener una medida regresiva, el artículo 1 del Decreto 1161 de 2014 avanzó en la consagración de los derechos de los soldados profesionales frente a la asignación de retiro y a la pensión de invalidez al contemplar por primera vez la posibilidad de que el subsidio familiar se tomara como partida computable en la liquidación de aquellas prestaciones. Esto pone de presente que la manera en la que se formuló el cargo es insuficiente para razonar sobre la pérdida de un derecho adquirido, pues ello podría predicarse por ejemplo si el subsidio familiar que venía siendo partida computable deja de serlo, especialmente para alguien que ya tenía causada la asignación de retiro. Sin embargo, este no es el caso pues se insiste en que el decreto anotado introdujo por primera vez ese emolumento como factor base de liquidación, de forma que, en lugar de haber retrocedido eliminando un derecho previamente reconocido, representó un progreso en favor de este personal a través de la consagración de un derecho que con anterioridad no existía.

En conclusión, el porcentaje previsto por el artículo 1 del Decreto 1162 de 2014 para efectos

del cómputo del subsidio familiar en las asignaciones de retiro y pensiones de los soldados profesionales no vulnera el artículo 2, literal a), de la Ley 4 de 1992, tampoco es regresiva ni afecta el mínimo vital o los derechos adquiridos para el grupo de servidores que se rigen por este decreto.”

4.4. Caso Concreto

4.4.1. Lo probado en el proceso

En atención a los medios de convicción oportunamente aportados e incorporados al litigio, el Juzgado encuentra acreditados los siguientes aspectos relevantes para la resolución del mismo:

a) Mediante Resolución No. 3886 del 26 de marzo de 2020, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL- efectuó el reconocimiento de asignación de retiro al accionante en su grado de soldado profesional, por contar con 20 años, 5 meses y 11 días de servicio; esto en cuantía del 70% del salario mensual más un 40% de la asignación básica, adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad y el 30% del subsidio familiar, de acuerdo con lo señalado en el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014.

Se corrobora con la copia del acto administrativo de reconocimiento *obrante en cuaderno principal, archivo 05, folio 1 a 3.*

b) Que de acuerdo con la hoja de servicios No. 3-7717276 del 17 de diciembre de 2019 del Ejército Nacional, el demandante devengaba en su última nomina, antes de percibir asignación de retiro, subsidio familiar en un 4%, correspondiente a la suma de \$724.601; el reconocimiento en actividad del subsidio familiar fue efectuado través de orden administrativa No.1549 del 30 de septiembre de 2009.

Se acreditó con la copia de la hoja de servicios referenciada, *visible en cuaderno principal, archivo 05, folio 11 a 12.*

4.4.2. Resolución del caso concreto

De las pruebas allegadas al proceso se tiene que mediante Resolución No. 3886 del 26 de marzo de 2020, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció al actor asignación de retiro, a partir del 29 de febrero de 2020, la cual se liquidó en cuantía del 70% del salario mensual más un 40% de la asignación básica, un

38.5% de la prima de antigüedad y un 30% por subsidio familiar.

Ahora bien, teniendo en cuenta que con anterioridad al reconocimiento de la asignación de retiro, el demandante percibía subsidio familiar en un porcentaje del 4%, conforme a lo normado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, tal como se advierte de la hoja de servicio del accionante, es claro que la norma aplicable para determinar el porcentaje a tener en cuenta en la liquidación de la asignación de retiro del actor, es la consagrada en el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014, según el cual corresponde tener en cuenta como partida computable de la asignación de retiro el 30% del valor que se devengue en actividad por dicho concepto, tal como lo efectuó la entidad accionada en el acto administrativo objeto de la controversia.

Si bien el demandante solicita que se inaplique por inconstitucionalidad el Decreto 1162 de 2014, al considerar que es violatorio del derecho a la igualdad, en tanto dispuso tener en cuenta el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales, pero no en los mismos términos establecidos para los oficiales y suboficiales, sino en el 30% del valor percibido en actividad, mencionando que de igual forma el Decreto 1161 de 2014, consagró este factor para otro grupo de soldados profesionales en un porcentaje del 70% de lo devengado en actividad, tal pretensión no es procedente en vista del Despacho.

Lo anterior pues aunque se alega una presunta violación del derecho constitucional a la igualdad con relación a la forma de liquidación del subsidio familiar en la asignación de retiro de soldados profesionales (situación del actor y los oficiales y suboficiales, y entre dos grupos de soldados profesionales), no es menos cierto que el trato jurídico diferenciado se encuentra justificado en las premisas fácticas que se aplican a una u otra norma.

Tal aseveración encuentra sustento en la muy pertinente providencia del 18 de agosto de 2022 emitida por la Sección Segunda Consejo de Estado, abordada en detalle en acápites previos, puesto es claro que *la disparidad de tratamiento entre oficiales, suboficiales y soldados tiene justificación en supuestos fácticos y jurídicos constitucionalmente admisibles tales como la jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y las partidas respecto de las cuales efectúan cotizaciones, y de otro lado, no es posible ubicar a los dos grupos de soldados en un plano semejante que los haga comparables entre sí pues la discriminación que se censura (el subsidio familiar de cara a la asignación de retiro), se basa en otro*

trato desigual que se presume ajustado a derecho (el subsidio familiar devengado en actividad), y es que en este caso el acto de reconocimiento del subsidio familiar en actividad del demandante, orden administrativa de servicios No.1549 del 30 de septiembre de 2009, se encuentra revestido de presunción de legalidad y no fue objeto de censura en la demanda.

En esa misma ilación, la negativa de la inaplicación parcial del artículo 1º del Decreto 1162 de 2014 no conlleva al desconocimiento de derechos adquiridos del actor, esto en la medida no existe un derecho que haya ingresado al patrimonio aquel, ni se vio desmejorado en sus derechos; tampoco es regresiva la postura del Despacho pues la norma en cita constituyó un *avance en la consagración de los derechos de los soldados profesionales frente a la asignación de retiro*, esto al contemplar por primera vez que tal concepto se tuviera en cuenta como partida computable de la prestación de comento.

En consecuencia, no está llamada a prosperar la pretensión del actor por cuanto no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo acusado, de esta manera, no se accederá a las pretensiones de la demanda.

5. COSTAS

Teniendo en cuenta la sentencia del 16 de abril de 2015 de la sección primera del Consejo de Estado¹⁶ en el cual se manifiesta que la condena en costas no es objetiva y que de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre las costas y que debe establecerse si es o no procedente dicha condena.

En este orden de ideas, el numeral 1º del artículo 365 C.G.P. establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. Es así como el numeral 8º del artículo antes mencionado establece que habrá costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Por lo tanto, las agencias en derecho hacen parte de las costas, pero debe tenerse en cuenta que de conformidad con los numerales 3º y 4º del artículo 366 C.G.P. las agencias serán fijadas por el Magistrado Sustanciador o el Juez y deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura.

¹⁶ C.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala. Expediente No 25000 23 24 000 2012 00446 00.

Teniendo en cuenta la argumentación antes efectuada y descendiendo al caso que nos ocupa se condenará al pago de las costas del proceso a la parte demandante, en tanto resultó vencida.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la apoderada de la parte demandada presentó escrito de contestación a la demanda y alegatos de conclusión, se causaron agencias en derecho.

Por consiguiente, el despacho condenará en costas a la parte demandante, en tanto resultó vencida en la presente instancia, fijando como agencias en derecho la suma de \$596.244 equivalente al 5% de las pretensiones, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Se ordenará que la Secretaría efectúe la correspondiente liquidación, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR probadas la excepciones denominadas “*no configuración a la violación del derecho a la igualdad, legalidad de las actuaciones efectuadas por la caja de retiro de las fuerzas militares y no configuración de causal de nulidad*”, propuestas por la entidad demandada

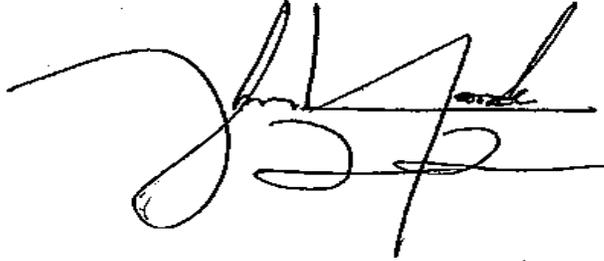
SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante, conforme lo indicado en la parte motiva de esta decisión. Fijar como agencias en derecho la suma \$596.244 a favor de la parte demandada, suma que deberá ser incluida en la respectiva liquidación de las costas del proceso, a ser liquidadas por la Secretaría del Despacho.

CUARTO: En firme este fallo archívese el expediente, previas constancias y anotaciones de rigor en el Sistema Informático “SAMAI”.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del derecho
Demandante: Sergio Yule Valencia
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- CREMIL
Radicación: 73001-33-33-011-2020-00242-00

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J. Libardo Andrade Flórez', written over a horizontal line.

JOHN LIBARDO ANDRADE FLÓREZ
Juez