

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
Sala de Decisión No. 2

Tunja, 11 DIC 2019

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 15238333002-2017-00065-01

Tema: Subsidio familiar; incremento de la asignación básica - inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 - y prima de antigüedad - artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 -.

Magistrado Ponente: Luís Ernesto Arciniegas Triana

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama el 25 de octubre de 2018, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda presentada por el señor Omar Iglesias Fierro contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

I. ANTECEDENTES

1. DE LA DEMANDA. El señor Omar Iglesias Fierro mediante apoderada judicial instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, para que se acojan las siguientes pretensiones:

2. PRETENSIONES. Que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los Oficios No. 211-2016-55841 CREMIL 66958 del 19 de agosto de 2016 y No. 211-2016-65811 CREMIL 80102 del 3 de octubre de 2016, mediante los cuales se le negó el reajuste de su asignación de retiro.

Que como consecuencia de dicha declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a reliquidar su asignación de retiro en los siguientes términos:

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 15238333002-2017-00065-01

2

-Reajuste por indebida aplicación de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 en concordancia con lo estipulado en el artículo 13.2.1 de la misma norma, y en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, toda vez que se incurre en error al efectuar el cálculo del valor de la asignación de retiro, al tomar equivocadamente los factores y porcentajes al liquidar doblemente la prima de antigüedad.

-Reajuste por falta de aplicación en el párrafo segundo del artículo 1° del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, ya que se está tomando el salario mínimo legal vigente incrementado solo en un 40%, cuando la norma establece que para los soldados que a 31 de diciembre de 2000 ostentaban la calidad de voluntarios, como es el caso del demandante, la asignación salarial mensual se debe liquidar con base en el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

-Reajuste por violación del derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, al incluir el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, en cuantía muy inferior a la devengada por los demás miembros de las fuerzas militares tanto civiles como militares, y por los soldados profesionales a quienes se les viene reconociendo el subsidio familiar como partida computable por orden judicial.

Pide que se disponga el pago del reajuste del retroactivo pensional desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y hasta su inclusión en nómina; además que se ordene la respectiva indexación y el reconocimiento de los intereses de mora.

Por último solicita que se condene en costas a la parte demandada.

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Narra la demanda que el señor Omar Iglesias Fierro ingresó al Ejército Nacional en condición de soldado regular el 3 de marzo de 1995; que al terminar el servicio militar

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 152383333002-2017-00065-01

3

obligatorio fue aceptado como soldado voluntario a partir del 31 de octubre de 1996 y para el mes de diciembre del año 2000 ostentaba esta condición.

Que por decisión del Ejército Nacional el señor Omar Iglesias Fierro, al igual que todos los soldados voluntarios, pasó a ser denominado soldado profesional el 1º de noviembre de 2003, fecha a partir de la cual su vinculación estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y posteriormente por el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.

Manifiesta que el demandante estuvo vinculado al Ejército Nacional hasta el 1º de julio de 2015, estando asignado al Grupo de Caballería No. 1 GR MIGUEL SILVA PLAZAS, y durante más de veinte (20) años, lo que le otorgó el derecho a disfrutar de una asignación de retiro a cargo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, la cual le fue reconocida mediante Resolución No. 5379 del 3 de julio de 2015.

II. TRAMITE PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue presentada el 10 de marzo de 2017 ante el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, despacho que avocó conocimiento y la admitió mediante proveído del 8 de junio de 2017 (fls. 48 y 49). Además ordenó notificar a la entidad accionada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Agente del Ministerio Público, de conformidad con lo previsto en los artículos 171 y 199 del CPACA modificado por el artículo 612 del C.G.P. Solicitó además a la parte demandada allegar el expediente administrativo contentivo de los antecedentes que dieron origen al acto demandado, en los términos previstos en el artículo 175 del CPACA.

1. contestación de la demanda (fls. 64 a 70)

Una vez fue notificada la entidad demandada, ésta presentó escrito de contestación dentro de la oportunidad, en los siguientes términos:

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 15238333002-2017-00065-01

4

La apoderada de la entidad demandada en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones de la demanda y aceptó los hechos relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro.

Propuso como argumentos de defensa los siguientes:

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES EN CUANTO AL REAJUSTE SOLICITADO CON EL SMLMV más el 60% - VINCULACIÓN DEL MINISTERIO DE DEFENSA AL PROCESO JUDICIAL EN CALIDAD DE LITISCONSORTE NECESARIO: Preciso que aun cuando la posición actual del Consejo de Estado es que a los soldados profesionales debe incrementárseles el salario mínimo en un 60%, también es cierto que se presenta una falta de legitimación en la causa por pasiva de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, debido a que la reclamación del reajuste salarial debe presentarse ante el Ministerio de Defensa, por ser la entidad encargada de pagar los salarios de los miembros activos de la Fuerza Pública y, consiguientemente, ser la entidad que expide la hoja de servicios en la cual se basa CREMIL para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

EN CUANTO AL REAJUSTE SOLICITADO CON EL SMLMV MÁS EL 70%, DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 16 DEL DECRETO 4433 DE 2004 (PRIMA DE ANTIGÜEDAD): Preciso que siguiendo la uniformidad y secuencia de la norma, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al setenta por ciento (70%) de: salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo ha estado aplicado la entidad demandada.

EXISTENCIA DEL RECONOCIMIENTO E INCLUSIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO: Indico que en el presente caso se le reconoció al demandante como partida computable para liquidar la asignación de retiro del subsidio familiar conforme lo señalado en el Decreto 1162 del 24 de agosto de 2014, mediante el cual se ordenó el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro de los soldados profesionales e infantes de marina de las Fuerzas Militares, a

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 15238333002-2017-00065-01

5

partir de julio de 2014; que la entidad demandada aplica la normatividad legal vigente al momento de los hechos, ajustándose estrictamente a las partidas señaladas, en las cuales está consagrada expresamente el subsidio familiar como partida computable dentro del reconocimiento de la asignación de retiro para los soldados profesionales, razón suficiente para no desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados.

LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES: Preciso que desde la Constitución de 1886, los derechos y obligaciones, así como el régimen de carrera prestacional y disciplinario de los miembros de las Fuerzas Militares han hecho parte de un régimen especial que le es propio, diferente del régimen general al cual hacen parte todos los demás trabajadores; que dicha situación actualmente se encuentra contenida en el artículo 217 inciso 3 de la Carta Política, el cual reza: “La ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario que le es propio.”; que en desarrollo del precepto constitucional, se han proferido diferentes disposiciones legales, por las cuales se reglamenta y organiza la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares como son los Decretos 3071 de 1968, Decreto 2337 de 1971, Decreto 612 de 1977, Decreto 089 de 1984, Decreto 1211 de 1990 modificado en algunos apartes por el Decreto - Ley 1790 de 2000 y actualmente vigente el Decreto 4433 de 2004, normas estas de carácter especial que priman sobre las generales.

NO CONFIGURACIÓN DE CAUSAL DE NULIDAD: Preciso que en el caso bajo estudio no se configura ninguna de las causales de nulidad de los actos administrativos proferidos, por el contrario las actuaciones realizadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares.

NO PROCEDENCIA DE LA CAUSAL DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE CREMIL: Sostuvo que la actuaciones de la entidad se ajustan a la ley y no se enmarcan en ninguna causal de nulidad y por ende no se encuentran

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 15238333002-2017-00065-01

6

viciadas de falsa motivación, ya que, según el Consejo de Estado, la falsa motivación se configura cuando al fundamentar un acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad, y, ello no sucedió en el presente caso.

2. Audiencia inicial

Mediante auto de 19 de octubre de 2017 se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial, de conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 180 del CPACA (fl. 111).

Llegado el día y hora señalado para celebrar audiencia inicial, y una evacuada las etapas de ésta, se procedió a decretar pruebas, las cuales fueron recaudadas el 23 de mayo de 2018 (fls.139 y 139 vto.). Allí se corrió traslado para alegar de conclusión.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama mediante providencia de 25 de octubre de 2018 declaró no probadas las excepciones de “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR CREMIL Y NO PROCEDENCIA DE LA CAUSAL DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES” propuestas por la entidad demandada; inaplicó para el caso concreto el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014, por ser violatorio del derecho fundamental de igualdad y los principios rectores consagrados en la Ley 923 de 2004; declaró la nulidad de los actos administrativos demandados y como consecuencia de ello, a título de restablecimiento de derecho ordenó a la entidad demandada a reajustar a partir del 1º de julio de 2015 la asignación de retiro del señor Omar Iglesias Fierro en los siguientes términos: -incluyendo como factor de liquidación un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%. -reajustando la partida computable del subsidio familiar, en el mismo porcentaje devengado en actividad. -aplicando el 70% de que trata el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, al salario básico y al valor que resulte se le adicionará el valor completo del 38.5%, correspondiente a la prima de antigüedad.

Mencionó que la Ley 131 de 1985 estableció el servicio militar voluntario para aquellos soldados que habiendo prestado el servicio militar obligatorio, hubieren manifestado el deseo de continuar en la institución de manera voluntaria por un lapso no menor a doce (12) meses y hayan sido aceptados; quedando sujetos, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al reglamento del régimen disciplinario, al régimen prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las fuerzas Militares.

Indicó que el artículo 4° de la Ley 131 de 1985 consagró para dicho personal de las Fuerzas Militares una contraprestación denominada bonificación mensual, equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60%; que con posterioridad el Gobierno Nacional, en uso de sus facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 578 de 2000, expidió el Decreto 1793 de 2000, por medio del cual adopta el régimen de carrera y el estatuto de personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, definiendo en primer lugar, la condición de soldado profesional y la forma de selección e incorporación a la referida institución; que dicha disposición en el párrafo del artículo 5° estableció la posibilidad de que los soldados voluntarios que venían desempeñándose bajo la regulación de la ley 131 de 1985, fueran incorporadas a la planta de personal de la Fuerza Pública como soldados profesionales a partir del 1° de enero de 2001, garantizándoles su antigüedad y respetando el porcentaje de la prima de antigüedad a la que tenían derecho.

Precisó que los soldados voluntarios que fueron incorporados a las Fuerzas Militares en vigencia de la Ley 131 de 1985, tenían derecho al pago de una bonificación, cuyo valor comprendía el monto de salario mínimo mensual incrementado en un sesenta por ciento (60%); que el Gobierno Nacional en uso de sus facultad legales expidió los Decretos 1793 y 1794 de 2000, por medio de los cuales se estableció la categoría de soldado profesional así como el régimen salarial y prestacional aplicable a éstos, a partir de su vigencia; que los soldados voluntarios que venían prestando el servicio en esa institución hasta antes del 31 de diciembre de 2000, podían ser incorporados a ese grupo, siempre que manifestaran su deseo de hacerlo antes de la referida fecha y

Medio de Control : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **Omar Iglesias Fierro**
Demandado : **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares**
Expediente : **15238333002-2017-00065-01**

8

fueran aceptados por el respectivo comandante, lo que implicaba además que, quedarán sometidos al régimen prestacional establecido en dichas normas; que el inciso del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 estableció una prerrogativa salarial en favor de los soldados que vinieran vinculados a la institución antes del 31 de diciembre de 2000, lo cual determinó que conservaban el pago de la asignación salarial incrementada en un 60%.

Que a través de la Resolución No. 8371 del 20 de marzo de 2018, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL incrementó la partida de sueldo básico en la asignación de retiro del demandante en un 20%, efectiva a partir del 1° de julio de 2015.

Trajo a colación el artículo 1° de la Ley 21 de 1982 que define el subsidio familiar en los siguientes términos: “(...) 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. (...)”.

Luego, se refirió a la naturaleza jurídica del subsidio familiar y su reconocimiento para los soldados profesionales, haciendo referencia a los Decretos 1793 de 2000, 1794 de 2000 y el Decreto 3770 de 2009.

Manifestó que el artículo 1° del Decreto 1161 del 24 de junio de 2014, creó un subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales, que no percibían el que fue regulado mediante los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, con efectos a partir del 1° de julio de 2014 y en consideración a la estructura del núcleo familiar.

Sostuvo que la Ley 923 de 2004, definió las normas, objetivos, criterios que debía observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, incluidos los soldados profesionales, disposición que fue desarrollada por el Decreto 4433 de 2004, el cual en su artículo 13 indicó específicamente las partidas computables para la liquidación de dicha prestación a los soldados profesionales y oficiales y suboficiales de las Fuerzas

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 15238333002-2017-00065-01

9

Militares, sin embargo en la aludida ley no se tuvo en cuenta el subsidio familiar para el caso de los soldados profesionales, pero sí para los oficiales y suboficiales.

Que para subsanar dicha falencia, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1162 del 24 de junio de 2014, en el cual se consagró el subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro o la pensión de invalidez de los soldados profesionales o 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, en el treinta por ciento (30%) de dicho valor.

Que se determina con claridad que a los soldados profesionales les asiste el derecho a percibir el subsidio familiar cuando se encuentran en actividad, para el caso del demandante en un porcentaje del 62.5% que corresponde al 4% del salario básico mensual más la prima de antigüedad que viene siendo reconocida en un 58.5%; que al momento de liquidar dicha partida en la asignación de retiro solo se tiene en cuenta un 30% del valor reconocido en actividad, contrario a lo que ocurre con los oficiales y suboficiales, a quienes se les computa la referida partida en el mismo porcentaje reconocido en actividad, lo cual en opinión del accionante genera violación al derecho constitucional fundamental consagrado en el artículo 13 de la C.P.

Advirtió la existencia de un trato diferenciado al interior del régimen especial de las fuerzas militares, desconociendo los principios de igualdad, equidad y solidaridad, pues mientras los oficiales y suboficiales tienen derecho a que se les incluya el subsidio familiar como partida computable para la liquidación de su asignación de retiro o pensión de invalidez, en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro, no ocurre lo mismo con los soldados profesionales, a quienes dicha prestación se les incluye en tan solo un 30% del valor reconocido en actividad.

Señaló que en lo que concierne a las partidas a considerar en la liquidación de la asignación de retiro del personal militar y en especial de los soldados profesionales se encuentra que, el artículo 13 del 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 dispone: "(...) Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 152383333002-2017-00065-01

10

retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así: (...) **13.2 Soldados Profesionales:** 13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º 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”.

Que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 establece que: “Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Que de conformidad con el acervo probatorio, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, para liquidar la asignación de retiro del actor le aplicó el 70% no solo sobre el sueldo básico sino también sobre la prima de antigüedad, a la cual ya le había aplicado el 38.5%, lo que permite concluir que la normatividad que rige la materia no se consideró en legal forma, pues el citado 70% no se aplica sobre la prima de antigüedad, sino exclusivamente sobre el salario mensual.

IV. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

Por intermedio de su apoderada, la parte accionada interpone y sustenta el recurso de alzada con base en los siguientes argumentos:

El motivo de inconformidad frente a la decisión adoptada corresponde a la reliquidación de la asignación de retiro con respecto a la prima de antigüedad, y esto es como lo indicó el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 que estipuló claramente cuál era la forma de cómo se debía liquidar dicha prestación, y esto es que se les pague una asignación de retiro equivalente al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1 adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad; que para la entidad demandada la norma fue clara; que al atenerse al tenor literal de la misma

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 152383333002-2017-00065-01

11

efectuó la asignación de retiro reconociendo un salario básico que es un 100% incrementado en un 40% y posteriormente le adicionó un 38.5% como lo estipula dicha disposición, esto es que a estos emolumentos se les aplicó un 70% que es como lo efectuó la administración; que siguiendo la uniformidad de este precepto legal es que la entidad ha venido liquidando la asignación de retiro del soldado profesional.

Indica que en el presente caso se le reconoció al demandante como partida computable para liquidar la asignación de retiro del subsidio familiar conforme lo señalado en el Decreto 1162 del 24 de agosto de 2014, mediante el cual se ordenó el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro de los soldados profesionales e infantes de marina de las Fuerzas Militares, a partir de julio de 2014; que dicha disposición fue plenamente cumplida por parte de la entidad demandada, tal como se puede evidenciar en la resolución de reconocimiento del aquí demandante, al incluir el 30% como subsidio familiar, por tanto, y al estar dicho decreto vigente en el ordenamiento jurídico, es del caso precisar que no se desvirtúa la presunción de legalidad.

Que para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, en forma taxativa se consagraron los parámetros, condiciones y porcentajes que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento, dentro de los cuales se encuentran los siguientes: -Acreditación de un tiempo de servicio de 20 años. -Cuantía fija de asignación de retiro en un 70%. -Porcentaje fijo de prima de antigüedad equivalente al 38.5%. Subsidio familiar en un 30% de conformidad con el Decreto 1162 de 2014.

Sostiene que la entidad demandada aplica la normatividad legal vigente al momento de los hechos, para los respectivos reconocimientos de asignaciones de retiro, ajustándose estrictamente a las partidas señaladas, en las cuales está consagrada expresamente el subsidio familiar como partida computable en un porcentaje del 30% dentro del reconocimiento de asignación de retiro, para los soldados profesionales, razón suficiente para no desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 15238333002-2017-00065-01

12

Por último solicita no imponer condena en costas y agencias en derecho en esta instancia, como quiera que la entidad demandada no ha realizado actos dilatorios, ni temerarios, ni encaminados a perturbar el procedimiento, habiéndose limitado a realizar actos propios a la defensa judicial.

Que en materia de lo Contencioso Administrativo, la condena en costas no se rige por concepto objetivo, sino que exige por parte del operador jurídico una valoración subjetiva para su condena; que no basta simplemente que la parte sea vencida, sino que debe realizarse una valoración de las conductas desplegadas por esa parte vencida, en otras palabras, solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan causas para hacerlo, y en la medida de su comprobación.

Asegura que la entidad dio contestación a la demanda, aportando los antecedentes del acto administrativo demandado, en cumplimiento de lo señalado en el artículo 175 del CPACA; que la entidad acudió oportunamente a la realización de la audiencia inicial y no realizó actos dilatorios, ni temerarios, ni encaminados a perturbar el procedimiento.

Legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes: Precisa que desde la Constitución de 1886, los derechos y obligaciones, así como el régimen de carrera prestacional y disciplinario de los miembros de las Fuerzas Militares han hecho parte de un régimen especial que le es propio, diferente del régimen general al cual hacen parte todos los demás trabajadores; que dicha situación actualmente se encuentra contenida en el artículo 217 inciso 3 de la Carta Política, el cual reza: “La ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario que le es propio.”; que en desarrollo del precepto constitucional, se han proferido diferentes disposiciones legales, por los cuales se reglamenta y organiza la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares como son los Decretos 3071 de 1968, Decreto 2337 de 1971, Decreto 612 de 1977, Decreto 089 de 1984, Decreto 1211 de 1990 modificado en algunos apartes por el Decreto - Ley 1790 de 2000 y actualmente vigente el Decreto 4433 de 2004, normas estas de carácter especial que priman sobre las generales.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 15238333002-2017-00065-01

13

No configuración de causal de nulidad: Señala que el artículo 137 del CPACA establece cuando es procedente declarar la nulidad de los actos administrativos así: - Cuando los actos administrativos infrinjan normas en que debían fundarse. - Cuando hayan sido expedidos por funcionarios y órganos incompetentes. - Cuando hayan sido expedidos en forma irregular. - Cuando hayan sido expedidos con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa. - Cuando hayan sido expedidos con falsa motivación. - Cuando hayan sido expedidos con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

Precisa que en el caso bajo estudio no se configura ninguna de las causales de nulidad de los actos administrativos proferidos, por el contrario las actuaciones realizadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares.

No procedencia de la causal de falsa motivación en las actuaciones de CREMIL: Sostiene que la actuaciones de la entidad se ajustan a la ley y no se enmarcan en ninguna causal de nulidad y por ende no se encuentran viciadas de falsa motivación, ya que, según el Consejo de Estado, la falsa motivación se configura cuando al fundamentar un acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad, y, ello no sucedió en el presente caso; que el caso bajo estudio, la entidad ha actuado con apego a la ley y los actos administrativos expedidos se encuentran amparados bajo la presunción de legalidad.

V. TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Impugnado oportunamente el fallo de primera instancia y repartido a este despacho, por auto de 15 de marzo de 2019 (fls. 263 y 263 vto.) se resolvió admitir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada.

Así mismo, mediante proveído de 22 de abril siguiente (fls. 268 y 268 vto.), se resolvió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, de ahí que se ordenó a las

partes la presentación de los alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes a la notificación de ese auto.

La entidad demandada precisó que sobre el reajuste del 20% del salario básico, el Consejo de Estado planteó el problema jurídico consistente en determinar “si al ser incorporado como soldados profesionales, el salario básico de quienes venían como soldados voluntarios, debe fijarse en un mínimo incrementado en un 40%, o en un 60% de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo”; que mediante sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 del Consejo de Estado, aclarada mediante sentencia de 6 de octubre de 2016, dicha Corporación unificó la jurisprudencia sobre esta problemática, y sin haber vinculado a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, decidió que con fundamento en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, los soldados voluntarios posteriormente incorporados como profesionales, tienen derecho a ser remunerados mensualmente en el monto de un salario básico incrementado en un 60%.

Señaló que el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional – Dirección de Personal, en cumplimiento de la sentencia de unificación radicó ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares el complemento de la Hoja de Servicios del demandante según consecutivo No. 3-91477837, por medio del cual realiza el incremento del 20% adicionado al salario básico mensual del militar, quedando aumentado del 40% al 60% tal como lo dispone el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000; que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares profirió la Resolución No. 8371 del 20 de marzo de 2018 “Por la cual se ordena el incremento de la partida de sueldo básico en un 20%, dentro de la asignación de retiro del señor soldado profesional ® del Ejército OMAR IGLESIAS FIERRO (...)”; que incorporando el incremento del 20% permite evidenciar que la disposición fue plenamente cumplida por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Dijo que siguiendo la uniformidad y secuencia del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% de: salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo ha estado aplicando dicha entidad.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 15238333002-2017-00065-01

15

Resaltó que no le corresponde a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares efectuar interpretaciones, ni juicios de valor, apartándose de lo establecido en la norma especial aplicable a cada uno de los miembros de la fuerza pública; que los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares tienen una disposición especial, los miembros de la Policía Nacional cuentan con otras disposiciones, el personal civil tiene otras disposiciones y los soldados profesionales también cuentan con su regulación especial sobre la materia, debiendo la entidad reconocedora de la prestación aplicar en su integridad tales disposiciones y de no hacerlo, se estaría asumiendo una carga prestacional que no le corresponde.

Por otra parte, indicó que mediante Decreto 1162 del 24 de junio de 2014 se ordenó el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro de los soldados profesionales e infantes de marina de las Fuerzas Militares; que dicha disposición fue plenamente cumplida por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, tal como se puede evidenciar en la resolución de reconocimiento, por lo tanto, y al estar dicho decreto vigente en el ordenamiento jurídico, es del caso precisar que no se desvirtúa la presunción de legalidad.

Que para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, en forma taxativa se consagraron los parámetros, condiciones y porcentajes que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento, dentro de los cuales se encuentran los siguientes: -Acreditación de un tiempo de servicio de 20 años. -Cuantía fija de asignación de retiro en un 70%. -Porcentaje fijo de prima de antigüedad equivalente al 38.5%. Subsidio familiar en un 30% de conformidad con el Decreto 1162 de 2014.

Sostiene que la entidad demandada aplica la normatividad legal vigente al momento de los hechos, para los respectivos reconocimientos de asignaciones de retiro, ajustándose estrictamente a las partidas señaladas, en las cuales está consagrada expresamente el subsidio familiar como partida computable en un porcentaje del 30% dentro del reconocimiento de asignación de retiro, para los soldados profesionales, razón suficiente para no desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados.

La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del CPACA, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones y sentencias dictadas por los jueces administrativos.

2. Planteamiento del problema jurídico a resolver

Debe determinar este Tribunal si le asiste derecho al señor Omar Iglesias Fierro de obtener el reajuste de la partida de subsidio familiar que se viene liquidando dentro de su asignación de retiro en los términos del artículo 1° del Decreto 1162 de 2014.

De igual manera corresponde establecer si le asiste derecho al actor de percibir la diferencia de la asignación mensual que corresponda a un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

Asimismo determinar si le asiste derecho de reajustar la asignación de retiro y pagar la diferencia que resulte de aplicar en debida forma el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, es decir el 70% de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad.

Para resolver el problema jurídico planteado se hace necesario hacer mención a los siguientes tópicos: i) Del Subsidio familiar; ii) Del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales; iii) Marco normativo - cambio de categorización de soldados voluntarios a soldados profesionales - régimen salarial aplicable; iv) De los derechos adquiridos y la prohibición de rebajar salarios; v) De la solución del caso concreto.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 15238333002-2017-00065-01

17

3. Del subsidio familiar

Desde el punto de vista normativo, el subsidio familiar está orientado a garantizar y mejorar la calidad de vida del núcleo familiar de la persona beneficiaria de este subsidio, en la medida en que propende por un modo de vida digna, especialmente a los trabajadores con menores ingresos.

Al respecto, el artículo 1º de la Ley 21 de 1982, en lo que tiene que ver con la finalidad del subsidio familiar, establece:

“Artículo 1º. El subsidio familiar es 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, 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 le reglamentaron, interpretación y, en general, para el cumplimiento de ésta ley se tendrá en cuenta la presente definición del subsidio familiar”. Resaltado fuera de texto

La Corte Constitucional en sentencia C-440 de 2011, respecto a la importancia del subsidio familiar para los trabajadores beneficiarios del mismo, indicó:

“(…) En la Sentencia C-508 de 1997 la Corte Constitucional, a tono con las tendencias doctrinarias en el ámbito del derecho comparado, señaló que el subsidio familiar se considera como una prestación propia del régimen de seguridad social. Sin embargo, en esa misma sentencia se puso de presente que, de acuerdo con su desarrollo legislativo, en Colombia, **el subsidio familiar se puede definir como una prestación social legal, de carácter laboral y, desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo.**

(…)

De este modo, el subsidio familiar opera en Colombia, como una prestación laboral, a cargo de los empleadores, mediante un sistema de recaudo y reparto a través de las cajas de compensación familiar. Se desenvuelve dentro del contrato de trabajo, como una prestación obligatoria, establecida en la ley con un componente de solidaridad orientado a brindar protección especial a los trabajadores de más bajos ingresos, en función de las personas que tengan a cargo.

Así, ha dicho la Corte, el subsidio familiar en Colombia ha buscado 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 a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar.

Inicialmente, el subsidio estuvo centrado en el componente monetario que 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

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 15238333002-2017-00065-01

18

alimentación, vestuario, educación y alojamiento. En esa dimensión, ha dicho la Corte, el sistema de subsidio familiar es un mecanismo de redistribución del ingreso.

Más adelante, se autorizó a las cajas de compensación el desarrollo de obras de beneficio social, lo cual les permitió diversificar su actividad, de manera que, además de la tarea de reparto del subsidio en dinero, incursionaran también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación (...)" Resaltado fuera de texto

Así las cosas, de acuerdo con lo dispuesto por la ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el subsidio familiar es una prestación social que tiene como principal finalidad la protección de la familia como núcleo esencial de la sociedad, buscando proteger a los sectores de la población con los ingresos más bajos.

En tal sentido, para el caso de los miembros de las Fuerzas Militares vinculados como soldados profesionales, encuentra la Sala que el Decreto 1794 de 2000 creó el subsidio familiar en los siguientes términos:

“Artículo 11. Subsidio Familiar. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4 por ciento) 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.”

El artículo 11 antes citado, fue derogado por el Decreto 3770 de 2009; no obstante, estableció que los soldados profesionales que a la fecha de entrada en vigencia del mencionado decreto estén percibiendo el subsidio familiar, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio, así:

“Artículo 1. Derogase el artículo 11 del Decreto 1794 de 2002.

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

Parágrafo segundo. Aclárese 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% de la prima de antigüedad mensual”.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 15238333002-2017-00065-01

19

Ha de precisarse que el Decreto No. 3770 de 2009 fue declarado nulo por la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante providencia del 8 de junio de 2017, de tal manera volvió a cobrar vigencia el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 que consagra el derecho al subsidio familiar para los soldados profesionales.

4. Del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales

De otro lado, el artículo 5° del Decreto 4433 de 2004, en relación con la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro, estableció lo siguiente:

“Artículo 5°. Cómputo de la partida del subsidio familiar. Cuando haya lugar a la inclusión de la partida de subsidio familiar para la liquidación de la asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia, el monto de la misma no sufrirá variación alguna por hechos ocurridos con posterioridad al retiro del personal de que trata este decreto.

Lo anterior no obsta para que en cualquier tiempo se ordene la inclusión, el aumento, disminución o extinción de la partida de subsidio familiar como factor de liquidación de la respectiva asignación de retiro o pensión, cuando se compruebe que al Oficial, Suboficial o Agente, se le venía considerando un porcentaje diferente al que legalmente le correspondía”.

Específicamente, el reconocimiento de la asignación de retiro para los soldados profesionales y para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, se encuentra regulado en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, en los siguientes términos:

“Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 15238333002-2017-00065-01

20

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

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”.

PARAGRAFO: - 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. Resaltado fuera de texto

El artículo 16 ibídem, indicó lo siguiente:

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

Como se advierte, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 estableció las partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares y de manera específica previó ciertas partidas para los Oficiales y Suboficiales, así como para los Soldados Profesionales; sin embargo, no incluyó el subsidio familiar dentro de las partidas computables para los soldados profesionales.

No obstante con fecha 24 de junio de 2014, el presidente de la República expidió el Decreto 1161, por medio del cual se creó el subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales, con efectos a partir del 1° de julio de 2014 y en su artículo 5 prescribió que el subsidio familiar sería incluido como partida computable para liquidar la asignación de retiro y la pensión de invalidez, en cuantía del 70% de lo que devengue por dicho concepto en servicio activo; en efecto, indicó la norma lo siguiente:

“**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**

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 15238333002-2017-00065-01

21

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”. Resaltado fuera de texto

Así mismo, con la expedición del Decreto 1162 de 24 de junio de 2014 dispuso en su artículo 1° que a partir de julio de 2014, los soldados 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, pero en 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 liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004.

Del análisis de las referidas normas se puede concluir que antes de la expedición del Decreto 1162 de 24 de junio de 2014, el subsidio familiar no estaba consagrado como partida computable de la asignación de retiro de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, pero a la entrada en vigencia de dicha reglamentación (24 de junio de 2014), sí resulta procedente su inclusión.

5. Del marco normativo - cambio de categorización de soldados voluntarios a soldados profesionales - régimen salarial aplicable

La Ley 131 de 1985 por medio de la cual “se dictan normas sobre servicio militar voluntario”, instituyó el servicio militar voluntario para aquellos soldados que habiendo prestado el servicio militar obligatorio, hubieren manifestado el deseo de continuar en la institución de manera voluntaria y hayan sido aceptados.

De acuerdo con la Ley 131 de 1985, son soldados voluntarios quienes habiendo prestado servicio militar obligatorio, manifiestan su deseo al respectivo comandante de la fuerza de continuar con su prestación a la institución castrense, por un lapso no menor a doce (12) meses; quedando sujetos, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad

psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las fuerzas militares.

El artículo 4 de la ley en comento consagró para ellos una contraprestación denominada bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% de la misma, en estos términos:

“**ARTÍCULO 4o.** El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.”

Posterior a ello, el Gobierno Nacional, en uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 578 de 2000, expidió el Decreto 1793 de 2000 por medio del cual se estableció el régimen de carrera y estatuto personal de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares. Dicha reglamentación integró como soldados profesionales a quienes antes del 31 de diciembre de 2000 venían prestando el servicio militar voluntario definido en la Ley 131 de 1985, estableciendo lo siguiente:

“**ARTICULO 1. SOLDADOS PROFESIONALES.** Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas”.

Tal precepto señaló respecto de la incorporación del personal de soldados profesionales lo siguiente:

“**ARTICULO 5. SELECCION.** Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior, se someterán a un proceso de selección previa realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza. En la selección a que se refiere el presente artículo, tendrán prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior.

PARAGRAFO. Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.”

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 152383333002-2017-00065-01

23

De las normas transcritas se advierte que quienes se vincularon bajo la modalidad de soldados voluntarios definida por la Ley 131 de 1985, antes del 31 de diciembre de 2000, podían ser incorporados a las Fuerzas Militares en calidad de soldados profesionales, siempre que así lo hubieran expresado, quedando sujetos íntegramente a lo dispuesto por el decreto citado.

A su turno el artículo 38 de ese mandato dispuso:

“ARTICULO 38. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL. El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos”

En efecto, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1794 de 2000 por medio del cual se establece el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares. En su artículo 1 dispuso:

“ARTICULO 1. ASIGNACION SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)”. Subrayado fuera de texto

El párrafo del artículo siguiente a que se refiere la norma transcrita, es decir, el párrafo del artículo 2 del Decreto 1794 de 2000, es del siguiente tenor:

“PARÁGRAFO. Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen”

De ahí que, quienes se vincularon como soldados voluntarios antes del 31 de diciembre de 2000, en virtud del Decreto 1793 de 2000 fueron incorporados como soldados profesionales de las fuerzas militares, acogiéndose al régimen prestacional designado para éstos, pero conservando, en virtud del Decreto 1794 de 2000, una

asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).

En sentencia de unificación del Consejo de Estado, de 25 de agosto de 2016, Consejera Ponente: Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, se fijaron las reglas para decidir controversias judiciales relacionadas con asuntos como el que se está resolviendo en el sub examine:

“Reglas jurisprudenciales

En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:

Primero. De conformidad con el inciso 1° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,¹ la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1° de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.

Segundo. De conformidad con el inciso 2° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,² la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985,³ es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

Tercero. Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% que se ordene a favor de los soldados voluntarios, hoy profesionales, la parte demandada condenada, deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.

Cuarto. La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10⁴ y 174⁵ de los Decretos 2728 de 1968⁶ y 1211 de 1990,⁷ respectivamente”. Resaltado fuera de texto.

¹ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

² Ib.

³ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

⁴ “Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años.”

⁵ Artículo 174. Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en 4 años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en 2 años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

⁶ Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares

⁷ Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019 dentro del proceso con Rad. Interna No. 1701-2016, C.P. Dr. William Hernández Gómez, abordó los siguientes temas: i) naturaleza jurídica de la asignación de retiro; ii) régimen de asignación de retiro de los soldados profesionales; iii) partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados; iv) reglas para la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales; v) legitimación de CREMIL para decidir sobre el reajuste de la asignación de retiro; vi) forma de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales; vii) interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; viii) cómputo de la prima de antigüedad; ix) porcentaje de liquidación de la asignación de retiro de soldados profesionales; e x) inaplicación de los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015.

Así, unificó jurisprudencia en el sentido de precisar las siguientes reglas sobre la asignación de retiro de los soldados profesionales que, en materia de los aspectos aquí debatidos, decidió:

Primero: Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:

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%⁸ para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000⁹

⁸ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

⁹ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

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.

4. **A fin de establecer la asignación mensual como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro según lo dispuesto por el artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, deberá atenderse el artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, en su integridad, teniendo en cuenta el salario que le corresponde a los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales, por lo cual:**

4.1. **La asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%. Así mismo, habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.**

4.2. **Por su parte, la asignación salarial mensual de los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%.**

5. Para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro; de la siguiente manera:

$$(\text{salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro.}$$

6. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL tiene legitimación en la causa para reajustar la asignación de retiro de los soldados profesionales, sin que se requiera que previamente se hubiera obtenido el reajuste del salario devengado en servicio activo.

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

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

Segundo: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación, constituyen precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, toda vez que los efectos de la presente sentencia de unificación son retroactivos, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 152383333002-2017-00065-01

27

Cuarto: Por tratarse de una sentencia de unificación que reconoce un derecho, esta sentencia debe ser extendida por las autoridades administrativas en virtud de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, a quienes acrediten encontrarse en los mismos supuestos fácticos y jurídicos, de conformidad con las reglas señaladas en la parte motiva de esta providencia.

Quinto: Revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, proferida el 13 de agosto de 2014 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Sistema Oral de Yopal, Casanare, que accedió parcialmente a las pretensiones de los demandantes, en lo relativo al reconocimiento del subsidio familiar como partida computable. En consecuencia, la asignación de retiro del demandante deberá liquidarse en los siguientes términos:

i) Con base en el salario básico del respectivo año en los términos señalados en el inciso final del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, aplicando el salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60% desde el día 30 de agosto de 2011, fecha en la que se hizo efectiva la primera mesada pensional reconocida a través de la Resolución 3410 del 13 de julio de 2011. Así mismo, habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.

ii) Con la inclusión únicamente de las partidas computables de que trata el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, asignación básica mensual incrementada en un 60% y prima de antigüedad.

iii) El 70% de que trata el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 se aplicará **exclusivamente** sobre el salario mínimo mensual legal vigente del respectivo año incrementado en un 60%.

iv) La operación matemática que deberá realizar CREMIL para obtener la asignación de retiro del demandante es la siguiente:

[Asignación básica mensual incrementada en un 60% x 70% (porcentaje que trae el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004)]+38.5% (prima de antigüedad) = Asignación de retiro.

Sexto: No es procedente inaplicar el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 por las razones expuestas en la parte motiva. (...) Resaltado fuera de texto

Finalmente, recordó el valor vinculante y obligatorio de la sentencia¹⁰ y fijó efectos en el tiempo de manera retrospectiva, es decir, que las reglas jurisprudenciales fijadas se deben acoger en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial, salvo en los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

¹⁰ En los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011.

6. De los derechos adquiridos

Están garantizados en Colombia los derechos adquiridos, dentro de los cuales se encuentran por supuesto los salarios y prestaciones sociales, adquiridos legítimamente con fundamento en el ordenamiento jurídico vigente en el momento en que se causaron. Tal principio consagrado desde la Carta de 1886 (art. 30) fue reiterado en la Constitución de 1991 en su artículo 58.

En materia de salarios y prestaciones sociales existe además el principio de progresividad, según el cual, debe haber un mejoramiento progresivo y no una disminución real o nominal de los salarios y prestaciones, si se tiene en cuenta que el artículo 53 de la Constitución, para proteger el trabajo y al trabajador dispuso que el Congreso de la República debía expedir un estatuto que contuviera entre otros los siguientes principios fundamentales:

- a) Igualdad de oportunidades para los trabajadores.
- b) Remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo.
- c) Estabilidad en el empleo.
- d) Irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales.
- e) Facultades para transigir y conciliar sobre los derechos inciertos y discutibles.
- f) Situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho.
- g) Primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.
- h) Garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario.
- i) Protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.
- j) El derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Así mismo previó que la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, y por si fuera poco, la misma disposición estableció que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La Corte Constitucional se ha referido ininidad de veces a los derechos adquiridos, a su concepto, a su diferenciación con las expectativas de derecho, para el caso es dable traer a colación la sentencia C-177 de 2005, en la que dijo:

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 15238333002-2017-00065-01

29

“La Corte ha dicho que la noción de derecho adquirido estriba en las relaciones de derecho que producen los hechos legalmente consumados, como que aquellos hace parte de nuestro patrimonio. Agrega que los derechos adquiridos quedan comprendidos en la idea de propiedad, considerada en toda su amplitud y en todas sus manifestaciones. (Sentencia del 2 de marzo del año 1918).

“Como se puede apreciar, la jurisprudencia al igual que la doctrina, distingue los derechos adquiridos de las simples expectativas, y coinciden ambas en afirmar que los primeros son intangibles y por tanto, el legislador al expedir la ley nueva no los puede lesionar o desconocer. No sucede lo mismo con las denominadas "expectativas", pues como su nombre lo indica, son apenas aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho; en consecuencia, pueden ser modificadas discrecionalmente por el legislador.

“Nuestro Estatuto Superior protege expresamente, en el artículo 58, los derechos adquiridos y prohíbe al legislador expedir leyes que los vulneren o desconozcan, dejando por fuera de esa cobertura a las llamadas expectativas, cuya regulación compete al legislador, conforme a los parámetros de equidad y justicia que le ha trazado el propio Constituyente para el cumplimiento de su función.

“Así las cosas, se puede concluir que quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o número de semanas cotizadas, exigidas por la ley para acceder a una pensión de jubilación o de vejez, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma. Pero quien aún no ha completado el tiempo de servicio o llegado a la edad prevista en la norma legal, no tiene un derecho sino que se halla apenas ante una simple expectativa de alcanzarlo en el momento de reunir la condición faltante.

“En conclusión: el derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece de relevancia jurídica y, en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador. Y es en esta última categoría donde debe ubicarse la llamada 'condición más beneficiosa'.” Resaltado fuera de texto

Posteriormente en sentencia T-329/12 la Corte Constitucional indicó lo siguiente:

“(…) Según se explicó claramente en las sentencias C-168 de 1995, C-789 de 2002 y C-177 de 2005, en materia laboral y pensional deben respetarse en todo caso los derechos adquiridos. A lo largo de esta línea jurisprudencial uniforme, la Corte ha decidido que, en principio, los cambios en la ley laboral se aplican a las relaciones de trabajo vigentes, independientemente de si son favorables o desfavorables para los intereses del trabajador, siempre y cuando el trabajador no tenga ya un derecho adquirido a que se aplique la anterior normatividad, por cuanto ya había reunido los requisitos necesarios para poder acceder al derecho cuya reglamentación fue modificada; en la misma medida, la Corte ha establecido que cuando un trabajador ya cumplió con los requisitos necesarios para poder acceder a un derecho, las nuevas leyes laborales que modifiquen los requisitos para acceder a ese derecho no le pueden ser aplicados. En este caso, entonces, se prohíbe la retroactividad de la ley laboral, por cuanto el trabajador tendría ya un derecho adquirido a acceder a ese derecho de acuerdo con los requisitos del pasado.

Así, en la sentencia C-789 de 2002 la Corte reiteró sus pronunciamientos acerca de la diferencia entre los conceptos de derechos adquiridos y de expectativas legítimas en materia pensional:

“En reiteradas ocasiones esta Corporación se ha pronunciado de manera general sobre el significado y el alcance de la protección constitucional a los derechos adquiridos y sobre las diferencias con la protección que reciben las expectativas legítimas. Así

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 15238333002-2017-00065-01

30

mismo, se ha referido a las diferencias entre estas dos instituciones jurídicas, en relación con la aplicación de los regímenes de pensiones a personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no cumplían los requisitos para acceder a la pensión. Recogiendo criterios doctrinarios y jurisprudenciales comúnmente aceptados sobre la materia, ha estimado que derechos adquiridos presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento. Entre tanto, en las expectativas, tales presupuestos no se han consolidado conforme a la ley, pero resulta probable que lleguen a consolidarse en el futuro, si no se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico”.

De esta manera, en la sentencia se concluyó que “en relación con las condiciones de edad, tiempo de servicios y monto de la pensión, la protección constitucional a favor del trabajador, que le impide al legislador expedir normas que les permitan renunciar a ciertos beneficios considerados como mínimos no se refiere a las expectativas legítimas, sino a aquellos derechos que hayan sido adquiridos por sus titulares o a aquellas situaciones que se hayan consolidado definitivamente en cabeza de sus titulares”.

En esta misma línea, en la sentencia C-781 de 2003 la Corte corroboró su jurisprudencia acerca de la diferencia entre los derechos adquiridos y las meras expectativas y recalcó que el legislador está autorizado para modificar las normas laborales, “sin más límites que los que le imponga la misma Constitución y los derechos fundamentales de las personas”:

“(…) el artículo 53 del Ordenamiento Superior dispone que la ley no puede menoscabar los derechos de los trabajadores. Y en el mismo sentido se orienta el artículo 58 *ibidem* al señalar que “se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”. De modo que una vez se ha consumado la situación jurídica e individual, y constituido así el derecho concreto, los derechos laborales entran al patrimonio de la persona y son intangibles frente a la nueva legislación.

“Sobre la intangibilidad de los derechos adquiridos la Corte ha expresado:

‘Configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona. Ante la necesidad de mantener la seguridad jurídica y asegurar la protección del orden social, la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales. De este modo se construye el principio de la irretroactividad de la ley, es decir, que la nueva ley no tiene la virtud de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles e incólumes frente a aquélla, cuando ante una determinada situación de hecho se han operado o realizado plenamente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes’ (Subrayado fuera de texto).

7. De la solución del caso concreto

7.1 Subsidio familiar

-El demandante ingresó al Ejército Nacional como soldado regular desde el 3 de marzo de 1995 al 31 de agosto de 1996; luego como soldado voluntario desde el 15 de septiembre de 1996 hasta el 31 de octubre de 2003, y como soldado profesional

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 15238333002-2017-00065-01

31

desde el 1° de noviembre de 2003 al 1° de abril de 2015, tal como se desprende de la Hoja de Servicios No. 3-91477837 (fl. 80 vto.), devengando durante el último año, los siguientes montos:

<u>Descripción</u>	<u>Porc.</u>	<u>Valor</u>
SUELDO BASICO		902.090,00
SUBSIDIO FAMILIAR	4.00	563.806.25
PRIMA ANTIGÜEDAD SOLDADO PROFESIONAL	58.50	527.722,65
SEGURO DE VIDA SUBSIDIADO	00	11.312,00
BONIFICACION ORDEN PUBLICO SOLDADO PF	25.00	<u>225.522,50</u>
		2.230.453,40

-Mediante Resolución No. 5379 del 3 de julio de 2015, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares ordenó el reconocimiento de una asignación de retiro en favor del demandante, a partir del 1° de julio de 2015, así (fls. 22 y 27):

- En cuantía del 70% del salario mensual (decreto 2731 de Diciembre 30 de 2014) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000).

- Adicionado con un treinta y ocho punto cinco (38,5%) de la prima de antigüedad, de conformidad con lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1° del Decreto 1162 de 24 de junio de 2014.

-Conforme con la certificación expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, la asignación de retiro del demandante se viene liquidando con los siguientes porcentajes (fl. 31):

SUELDO BASICO	SMMLV + 40%	\$902.090.00
PORCENTAJE DE LIQUIDACION		70%
SUBTOTAL		\$631.463.00
PRIMA DE ANTIGUEDAD	38,50%	\$243.113.00
SUBSIDIO FAMILIAR	30%	\$169.142.00

-Mediante petición presentada el 5 de agosto de 2016, el demandante solicitó a la entidad demandada se ordene el reajuste del porcentaje de la partida subsidio familiar que se le viene computando en la liquidación de su asignación de retiro, al 62.5% que tenía reconocido al momento de su retiro de la institución (fl. 20).

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 15238333002-2017-00065-01

32

-En respuesta a dicha solicitud, mediante Oficio 2016-55841 del 19 de agosto de 2016, CREMIL indicó que no es posible acceder a lo solicitado por cuanto la liquidación de dicho subsidio en la asignación de retiro se ha venido haciendo conforme los preceptos del Decreto 1162 de 2014, norma que no ha sido derogada ni modificada (fls. 21 y 21 vto.).

Una vez analizadas las pruebas se concluye que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció asignación de retiro a favor del señor Omar Iglesias Fierro, en cuantía del 70% del salario mensual, adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad y ordenó incluir el 30% del subsidio familiar.

De igual forma, como puede observarse en la hoja de liquidación que obra a folio 31, al momento de liquidar la asignación del retiro del demandante, a la suma del 70% de la asignación básica, más el 38.5% de la prima de antigüedad, se adicionó el subsidio familiar en un 30% que corresponde a la suma de \$169.142,00.

Ahora bien, la parte demandante en el escrito de demanda señala que en el presente caso se debe inaplicar por inconstitucional el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014, por cuanto según su dicho, contiene una regla que resulta violatoria del derecho a la igualdad, violación que se materializa cuando a los soldados profesionales en la liquidación de la asignación de retiro no se les computa el 100% de lo devengado por concepto de subsidio familiar al momento del retiro del servicio, porcentaje que sí es aplicado para incluir tal partida en el caso de la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

En tal sentido, a efectos de determinar si la decisión tomada por la entidad en el acto administrativo demandado en el sentido de incluir en la asignación de retiro del señor Omar Iglesias Fierro el 30% del subsidio familiar, en primera medida ha de señalarse que el Consejo de Estado con fecha 25 de abril de 2019¹¹ profirió sentencia de

¹¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Consejero Ponente: William Hernández Gómez Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho. Radicación: 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016) SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA SUJ-015-CE-S2-2019.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 152383333002-2017-00065-01

33

unificación en cuanto a la asignación de retiro de los soldados profesionales, precisando los escenarios y porcentajes en que debe de incluirse el subsidio familiar como partida computable.

En punto a la presunta vulneración del derecho a la igualdad de los Soldados Profesionales respecto a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en lo que tiene que ver con la forma en que se incluye la partida subsidio familiar, la sentencia de unificación señaló que no existe vulneración alguna a dicho derecho, en razón a que tales grupos de trabajadores constituyen grupos jurídicamente diferenciados. En efecto, si bien puede predicarse como elemento común el que forman parte de las Fuerzas Militares, lo cierto es que el trato diferenciado entre éstos, no tiene un origen arbitrario, sino que obedece a criterios normativos que le asignan tareas y responsabilidades distintas a cada uno. Al respecto, precisó el Consejo de Estado:

“(…) Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales (...).

144. En este caso se observa entonces que los grupos de oficiales y suboficiales y de soldados profesionales en relación con las partidas computables para la asignación de retiro **se encuentran en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas.** En efecto, las partidas respecto de las cuales cotizan los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares son diferentes a las partidas sobre las que efectúan aportes los soldados profesionales (...).

147. Igualmente, se observa que tanto en el caso de los soldados profesionales como en el de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares **las partidas que se computan para tener derecho a la asignación de retiro son aquellas respecto de las cuales se hicieron las cotizaciones, por lo cual tampoco se evidencia que haya un trato discriminatorio o diferenciado que se aparte de los postulados constitucionales o de los elementos básicos del régimen consagrado en la Ley 923 de 2004.** De manera que no hay razón para sostener que se vulnera su derecho a la igualdad, por el hecho de que estas partidas son diferentes a las que se tienen en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares (...). Resaltado fuera de texto

Ahora bien, en punto a la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación antes referida, luego de precisar el régimen legal y reglamentario de dicha partida, estableció las siguientes reglas a aplicar en el presente asunto:

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 15238333002-2017-00065-01

34

-Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir del mes de julio de 2014, tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así:

- En porcentaje del 30% para los soldados profesionales que al momento de su retiro estén devengando el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000.

- En porcentaje del 70% para los soldados profesionales que no percibían tal partida.

-Para quienes causen 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.

Aplicando las reglas de unificación fijadas por el Consejo de Estado en la sentencia 25 de abril de 2019, ha de señalarse en primer orden que de la lectura de la demanda se desprende que lo pretendido no es la inclusión del subsidio familiar dentro de las partidas computables de la asignación de retiro, sino lo que se busca es que su inclusión sea en el mismo monto que se encontraba devengando al momento del retiro el señor Omar Iglesias Fierro.

Examinada la hoja de servicios correspondiente al señor Omar Iglesias Fierro, observa la Sala que para la fecha en que se produjo su retiro del servicio, esto es, para el mes de abril de 2015, se encontraba devengando los siguientes emolumentos:

<u>DESCRIPCIÓN</u>	<u>PORC.</u>	<u>VALOR</u>
SUELDO BASICO		902.090,00
SUBSIDIO FAMILIAR	4.00	563.806,25
PRIMA ANTIGÜEDAD SOLDADO PROFESIONAL	58.50	527.722,65
SEGURO DE VIDA SUBSIDIADO	00	11.312,00
BONIFICACION ORDEN PUBLICO SOLDADO PF	25.00	225.522,50

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 152383333002-2017-00065-01

35

Conforme a lo anterior, ha de concluir la Sala que el demandante al momento del retiro del servicio, se encontraba i) percibiendo un subsidio familiar en los términos previstos en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, según el cual el soldado profesional 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 y ii) le fue reconocida asignación de retiro a través de la Resolución No. 5379 del 3 de julio de 2015.

Así las cosas, como quiera que el señor soldado profesional Omar Iglesias Fierro causó su asignación de retiro con posterioridad al mes de julio de 2014 y al momento del retiro del servicio activo percibía subsidio familiar en los términos del Decreto 1794 de 2000, ha de concluirse que dicha partida debe computarse para liquidar la asignación de retiro en un porcentaje del 30%, conforme lo señala el artículo primero del Decreto 1162 de 2014.

Verificada la certificación de partidas computables expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares¹², así como la Resolución No. 5379 del 3 de julio de 2015¹³, que reconoció la asignación de retiro al aquí demandante, se evidencia que la entidad demandada incluyó el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, razón por la cual las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

Así las cosas, la Sala revocará la sentencia del 25 de octubre de 2018 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, que accedió a la pretensión de reajustar la partida computable del subsidio familiar y en su lugar se denegará, como quiera que la inclusión del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro, se encuentra conforme a lo señalado en el artículo primero del Decreto 1162 de 2014 y la regla jurisprudencial fijada por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019.

¹² Fl. 31

¹³ Fls. 22 y 27

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 15238333002-2017-00065-01

36

7.2 Incremento de la asignación básica - inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 - y prima de antigüedad - artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 -.

1. Mediante Resolución No. 5379 del 3 de julio de 2015¹⁴, expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se reconoció asignación de retiro a favor del señor Omar Iglesias Fierro, a partir del **1 de julio de 2015** así:

- En cuantía del 70% del salario mensual (decreto 2731 de Diciembre 30 de 2014) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000).

- Adicionado con un treinta y ocho punto cinco (38,5%) de la prima de antigüedad, de conformidad con lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1° del Decreto 1162 de 24 de junio de 2014.

2. A través de la Resolución No. 8371 del 20 de marzo de 2018¹⁵, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares resolvió:

“Ordenar el incremento del 20% del sueldo básico como partida computable dentro de la Asignación de Retiro **del señor Soldado Profesional (R) del Ejército OMAR IGLESIAS FIERRO**, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 91.477.837 de Bucaramanga, con cargo al presupuesto de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a partir del **1 de julio de 2015**, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente acto administrativo (...) Ordenar que el pago de los valores que resulten del incremento del 20% de la partida computable de sueldo básico sobre las mesadas causadas a favor **del señor Soldado Profesional (R) del Ejército OMAR IGLESIAS FIERRO** se efectúe a **partir del 1° de julio de 2015** por el rubro de asignaciones de retiro”.

3. A través del derecho de petición radicado el 15 de septiembre de 2016, el señor Omar Iglesias Fierro solicitó la liquidación de su asignación de retiro teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004 y el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000. Petición esta que fue resuelta por la entidad demandada mediante acto administrativo contenido en el Oficio No. 2016-65811 del 3 de octubre de 2016 en los siguientes términos:

“(..)

Así mismo es claro que la Entidad reconoce y paga la prestación con base en la información contenida en la hoja de servicio en cada caso y en la cual se evidencia que

¹⁴ Folios 22 y 27

¹⁵ Folios 168 a 170

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 152383333002-2017-00065-01

37

el salario básico tomado por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares para la liquidación de la asignación de retiro, corresponde a la que venía devengando en actividad.

(...) le indico que la Entidad NO atiende favorablemente su solicitud de reajuste de la asignación de retiro, ni incluir factores no previstos en la ley, teniendo en cuenta que el régimen prestacional de las Fuerzas Militares para los soldados e infantes de marina profesionales que pasan al retiro, no ha sido modificado ni derogado, razón por la cual esta Caja de Retiro de las Fuerzas Militares por su misión y naturaleza seguirá dando aplicación estricta a lo dispuesto en la normatividad dispuesta para ese fin, salvo disposición legal o judicial en contrario." (fls. 26 y 26 vto.)

4. De acuerdo con la hoja de servicios No. 3-91477837 de 16 de abril de 2015 (fls. 80 vto. y 81), el señor Omar Iglesias Fierro presenta la siguiente relación de grados y tiempos laborados:

DESCRIPCIÓN	DESDE	HASTA	AÑOS	MESES	DÍAS
Soldado regular	1995-03-03	1996-08-31	1	5	28
Tiempo de servicio militar cumplido	1996-08-31				
Soldado voluntario	1996-09-15	2003-10-31	7	1	16
Soldado profesional	2003-11-01	2015-04-01	11	5	0
Tres meses de alta	2015-04-01	2015-07-01	0	3	0

Revisado lo anterior, es claro que el señor Omar Iglesias Fierro ingresó al Ejército Nacional en calidad de soldado regular desde el 3 de marzo de 1995 hasta el 31 de agosto de 1996; se desempeñó como soldado voluntario en los términos de la Ley 131 de 1985 a partir del 15 de septiembre de 1996 y hasta el 31 de octubre de 2003.

Asimismo, que en virtud del Decreto 1793 de 2000, el accionante fue incorporado como soldado profesional por disposición de sus superiores a partir del 1º de noviembre de 2003, acogiéndose al régimen prestacional definido por el Decreto 1794 de 2000.

Sin embargo, y no obstante que a veces del pluricitado decreto, los soldados voluntarios vinculados antes de 31 de diciembre de 2000 podían ser incorporados como soldados profesionales de las fuerzas militares, quedando cobijados por las normas definidas para aquellos, el Decreto 1794 de 2000 al definir la asignación salarial mensual, estableció en su artículo 1º inciso 2º:

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 152383333002-2017-00065-01

38

“(...) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).” Resaltado fuera de texto

De tal suerte, que aun cuando la incorporación como soldado profesional trajo consigo el reconocimiento de las prestaciones sociales que para este cargo fueron contempladas por el Decreto 1794 de 2000, lo cierto es, que en lo que respecta a la asignación mensual salarial, la norma exceptuó a quienes al 31 de diciembre de 2000 se encontraban como soldados en los términos de la Ley 131 de 1985, y luego fueron vinculados en calidad de soldados profesionales, disponiendo para éstos el pago de un salario mínimo mensual vigente incrementado en un 60%.

De ahí, que habiéndose vinculado el señor Omar Iglesias Fierro como soldado voluntario el 15 de septiembre de 1996 bajo la Ley 131 de 1985, y posteriormente, en calidad de soldado profesional, en gracia de la autorización normativa imprimida por el Decreto 1793 de 2000, es factible concluir que el actor se encuentra bajo las previsiones del inciso 2° del art. 1° del Decreto 1794.

Obra a folios 168 a 170 del expediente Resolución No. 8371 del 20 de marzo de 2018 mediante la cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares resolvió ordenar el incremento del 20% del sueldo básico como partida computable dentro de la asignación de retiro del señor soldado profesional (R) del ejército OMAR IGLESIAS FIERRO a partir del 1° de julio de 2015, dando cumplimiento a la sentencia de unificación CE-SUJ2 85001-3333-002-2013-00060-01 del 25 de agosto de 2016 aclarada mediante sentencia de 6 de octubre de 2016, no obstante, como dentro del expediente no se encuentra acreditado que efectivamente la entidad demandada haya dado cumplimiento a la misma, se modificará el literal a) del numeral cuarto de la sentencia para indicar que de los pagos ordenados por concepto del incremento en un 60% del salario mínimo legal mensual vigente, deberá descontarse las sumas efectivamente canceladas en cumplimiento al reajuste ordenado en dicho acto administrativo.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 152383333002-2017-00065-01

39

De otra parte el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, determinó el reconocimiento de la asignación de retiro para soldados profesionales, siempre y cuando reúnan las condiciones allí señaladas. Dice la norma:

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

Y los factores a tener en cuenta, son los señalados en el artículo 13 del mismo decreto tal y como se indica en el numeral 13.2. Soldados profesionales, 13.2.1. El salario mensual conforme al Decreto 1794 de 2000 y 13.2.2. el porcentaje de la prima de antigüedad.¹⁶

Al tenor de la jurisprudencia citada, es claro que, conforme al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para determinar el monto de la asignación de retiro es necesario tomar el 70% del salario mensual, al cual debe adicionarse el 38.5% de la prima de antigüedad calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a través de la Resolución No. 5379 del 3 de julio de 2015, dio cumplimiento al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, ordenando el reconocimiento y pago de la asignación de retiro a favor del demandante a partir del **1º de julio de 2015:**

¹⁶ Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

(...)

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º 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.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 152383333002-2017-00065-01

40

- En cuantía del 70% del salario mensual (decreto 2731 de Diciembre 30 de 2014) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000).

- Adicionado con un treinta y ocho punto cinco (38,5%) de la prima de antigüedad, de conformidad con lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1° del Decreto 1162 de 24 de junio de 2014.

Sin embargo, en el escrito de contestación (fls. 64 a 70) la entidad demandada especificó que la liquidación de la prestación obedecía al 70% de la sumatoria del sueldo básico y el 38.5% de la prima de antigüedad, con lo cual se desconoce cabalmente la ley.

Para dicho reconocimiento la entidad aplicó el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, así: “En cuantía del 70% del salario mensual (decreto 2731 de Diciembre 30 de 2014) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000). Adicionado con un treinta y ocho punto cinco (38,5%) de la prima de antigüedad, de conformidad con lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1° del Decreto 1162 de 24 de junio de 2014”, es decir, al efectuar la liquidación de la asignación de retiro del señor Omar Iglesias Fierro, sumó el salario mensual y el 38.5% de la prima de antigüedad y al resultado le contabilizó el 70%, conforme el acto administrativo demandado Oficio No. 2016-65811 de 3 de octubre de 2016, así: AR= Asignación de retiro. SM= Salario mensual. PA= Prima de antigüedad.

$$AR = (SM + (PA * 38.5\%)) * 70\%$$

La inconformidad de la parte actora es con la interpretación dada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, pues a su juicio el valor de la prima de antigüedad no debe sumarse con el salario mensual, sino al resultado obtenido de sacar el 70% de dicho salario así: AR= (salario x 70%)+(salario x 38.5%).

Para la Sala le asiste razón al demandante, pues el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, claramente establece que la asignación mensual de retiro equivale al 70% de salario mensual indicado en el numeral 13.2.1. de la misma norma, “**adicionado**” con un 38.5% de la prima de antigüedad, y no como lo interpretó la entidad, de donde entonces resulta evidente que se le causó una afectación a los derechos del señor Omar Iglesias Fierro.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 152383333002-2017-00065-01

41

En consecuencia debe liquidarse dicha asignación de retiro bajo los siguientes parámetros: $AR = (\text{salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\% \text{ de la prima de antigüedad, calculada a partir del } 100\% \text{ de la asignación salarial mensual que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro})$.

En esas condiciones la Sala confirmará la decisión adoptada por el a quo de declarar la nulidad del acto administrativo acusado y ordenará a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares realizar el reajuste de la asignación de retiro del señor Omar Iglesias Fierro, atendiendo el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 aplicando la fórmula $AR = (\text{salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\% \text{ de la prima de antigüedad, calculada a partir del } 100\% \text{ de la asignación mensual que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro})$, teniendo en cuenta que el salario mensual corresponda a un (1) salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), de conformidad con lo establecido en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

8. Prescripción

En el sub examine no se presenta el fenómeno de la prescripción, por lo siguiente:

-La asignación de retiro fue reconocida al demandante mediante Resolución No. 5379 del 3 de julio de 2015, efectiva a partir del 1° de julio de 2015.

-El 15 de septiembre de 2016, el actor presentó ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares petición de reajuste de su asignación de retiro teniendo en cuenta como base de liquidación el SMMLV incrementado en un 60% en virtud de lo dispuesto en el D.R. 1794 de 2000 y lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, que dispone el 70% del salario indicado por el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000 adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad.

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho 42
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 152383333002-2017-00065-01

-La petición fue negada mediante acto administrativo contenidos en el Oficio No. 2016-65811 del 3 de octubre de 2016, y la demanda fue presentada el 10 de marzo de 2017.

Por último, frente a la condena en costas la Sala confirmará la decisión del a quo, pues a más de que le asiste razón para imponerlas, en el presente proceso está comprobada su causación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la sentencia objeto de alzada frente a este aspecto.

VII. COSTAS PROCESALES

La Sala condenará en costas y agencias en derecho en esta segunda instancia a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en virtud a que no prosperó su recurso de apelación. Según la regla establecida en el artículo 366 del C.G.P., corresponderá al juzgado de primera instancia proceder de manera concentrada a la liquidación de costas que se encuentren probadas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia de 25 de octubre de 2018, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama que accedió a las pretensiones de la demanda, excepto el numeral segundo, el literal a) del numeral tercero y el literal b) del numeral cuarto que se revocan, por las razones expuestas en la parte motiva. Asimismo se modificará el literal a) del numeral cuarto, el cual quedará así:

“a) Incluyendo como factor de liquidación UN SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE incrementado en un 60%. De los pagos ordenados por concepto del incremento en un 60% del salario mínimo legal mensual vigente, deberá descontarse las sumas efectivamente canceladas en cumplimiento al reajuste ordenado en la Resolución No. 8371 del 20 de marzo de 2018.”

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : Omar Iglesias Fierro
Demandado : Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Expediente : 15238333002-2017-00065-01

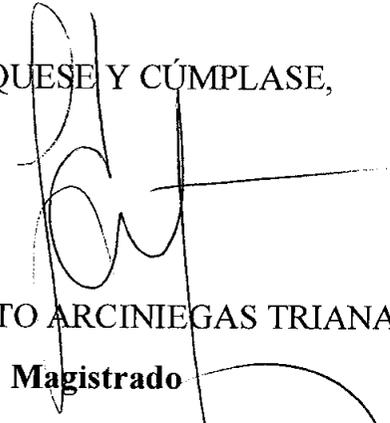
43

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte accionada, en virtud a que no prosperó su recurso de apelación, incluyéndose en ellas las agencias en derecho. El a quo procederá a su liquidación de conformidad con lo previsto en el artículo 366 del C.G.P.

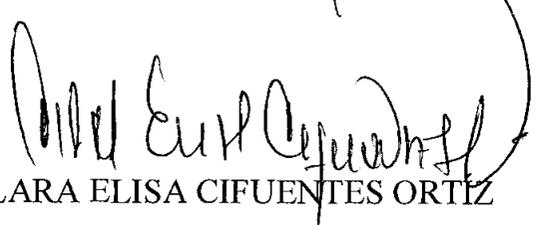
TERCERO: En firme esta sentencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen y déjense las anotaciones en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de decisión No. 2 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

Magistrado


CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ

Magistrada


JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Magistrado

La anterior firma hace parte integrante del expediente No. 15238333002-2017-00065-01

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACÁ
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado

No. 205 de hoy: 13 DIC 2019

EL SECRETARIO
