



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, diez (10) de diciembre del dos mil veinte (2020)

Radicado	73001 33 33 006 2019 00075 00
Medio de control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	JORGE ENRIQUE LOZANO
Demandado:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Vinculada:	NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
Tema:	REAJUSTE ASIGNACIÓN DE RETIRO SUBSIDIO FAMILIAR

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C.P.A.C.A., en consonancia con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 806 de 2020, se procede a dictar sentencia anticipada en el presente proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió JORGE ENRIQUE LOZANO en contra de CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

1. PRETENSIONES

1.1. Se declare la nulidad del oficio – 0078364-CREMIL-77769 de agosto 13 de 2018, y del Oficio No. 0114325 – CREMIL – 119182 de fecha diciembre 04 de 2018, por los cuales la entidad demandada niega al accionante la reliquidación de las prestaciones sociales, y la inclusión de la partida salarial del subsidio familiar en la liquidación del sueldo de asignación de retiro, afectando de manera grave sus derechos fundamentales constitucionales al mínimo vital, a la igualdad, al trabajo a la dignidad humana, y al debido proceso administrativo.

1.2. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos señalados y acusados, condenar a la entidad demandada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL” a reconocer y pagar a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO a favor del soldado profesional retirado JORGE ENRIQUE LOZANO, la reliquidación de sus prestaciones sociales, en la asignación mensual de retiro incluyendo como partida computable el subsidio familiar a partir del 19 de julio de 2014, en el porcentaje que venía percibiendo al momento de su retiro del servicio activo, determinado en el artículo 1 del decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, que derogó el artículo 11 de 1794.

1.3. Que se reajuste y se incremente la asignación mensual de retiro con el valor de la partida del subsidio familiar, conforme le fue reconocida, determinado en el

artículo 1º del decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, que derogo el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, es decir el equivalente al 4% del salario básico mensual más el 100% de la prima de antigüedad, desde que se hizo efectiva la asignación mensual de retiro.

1.4. Que el valor de la diferencia resultante dejada de pagar se indexe de conformidad con lo señalado en el artículo 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. HECHOS

2.1. Que el señor **Jorge Enrique Lozano** prestó sus servicios al Ejército Nacional como Soldado Profesional por un tiempo de 20 años, 05 meses y 18 días conforme se indica en la Resolución No. 2991 CREMIL 64153 de agosto 30 de 2010.

2.2. Que por medio de Resolución No. 2991 CREMIL 64153 de agosto 30 de 2010, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció asignación mensual de retiro sin incluir la partida salarial de subsidio familiar.

2.3. Que el subsidio familiar le fue pagado en servicio activo al demandante hasta el momento de su retiro de conformidad con el artículo 1 del decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, que derogó el artículo 11 del decreto 1794 de 2000, es decir el equivalente al 4% del salario básico mensual más el 100% de la prima de antigüedad.

2.4. Que el señor **Jorge Enrique Lozano** solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares “CREMIL” la reliquidación de la asignación mensual de retiro con la inclusión de la partida salarial del subsidio familiar, por medio de petición presentada el 27 de noviembre de 2018, la cual fue resuelta de forma negativa mediante oficio 0078364-CREMIL-77769 de agosto 13 de 2018 y oficio No. 0114325 CREMIL 119182 de diciembre 04 de 2018.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL –

El apoderado de la entidad accionada contestó la demanda señalando que se opone a la prosperidad de las pretensiones.

Señala el profesional que la entidad demandada reconoció asignación de retiro al señor Jorge Enrique Lozano por medio de Resolución No. 2991 del 30 de agosto de 2010 a partir del 30 de septiembre de 2010 por haber acreditado 20 años, 5 meses y 18 días de servicio.

Agrega el abogado, que por medio de Resolución No. 8303 del 20 de marzo de 2018, se le incrementó la partida del sueldo básico en un 20%, y que el actor por medio de derecho de petición solicitó la reliquidación de la prima de antigüedad e inclusión de subsidio familiar, solicitud que fue negada.

Señala el profesional que el Decreto 4433 de 2004 señala de forma taxativa los parámetros, condiciones y porcentajes que se deben tener en cuenta para el reconocimiento de la prestación, e indica que se debe acreditar un tiempo de 20 años de servicio, para una cuantía del 70% y un porcentaje fijo de prima de antigüedad equivalente al 38.5%, y que analizado lo anterior, es claro que no se tiene el subsidio familiar como partida computable.

Solicita no imponer condena en costas ni agencias en derecho como quiera que la entidad contestó la demanda, allegó el expediente administrativo, acudió oportunamente a la realización de la audiencia inicial, no realizó actos dilatorios, ni temerarios ni encaminados a perturbar el procedimiento.

3.2. Ministerio de Defensa Nacional

La apoderada de la entidad demandada contestó la demanda dentro de la oportunidad legal manifestando que se opone a la prosperidad de las pretensiones por carecer de sustento fáctico y jurídico.

Señala la profesional que los actos demandados no fueron proferidos por la entidad que representa y se trata de prestaciones que devenga como miembro retirado de la fuerza en virtud de una asignación de retiro, como quiera que adquirió la calidad el 30 de agosto de 2010, por lo que la única entidad competente para comparecer dentro de la acción es la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL -, luego la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional carece de legitimación en la causa por pasiva.

Agrega que el acto administrativo demandado y por medio del cual se negó el reconocimiento del subsidio familiar, goza de total legalidad y validez, toda vez que fue expedido con fundamento en normas legales y en ningún momento fue proferido de manera arbitraria.

Propone las excepciones de *“carencia del derecho del demandante e inexistencia de la obligación demandada, prescripción del derecho alegado y falta de legitimación en la causa por pasiva”*.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 Parte demandante

Señala el profesional que todos los hechos de la demanda se encuentran demostrados en el expediente aportado por el Ministerio de Defensa Nacional, donde se evidencia que el señor Jorge Enrique Lozano laboró en dicha entidad

como soldado profesional y durante dicho tiempo de servicio devengó el subsidio familiar, por lo que debe ser extensivo a su pensión conforme el artículo 1 del Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, que derogó el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, es decir el equivalente al 4% del salario básico mensual más el 100% de la prima de antigüedad.

Señala que los miembros de las fuerzas militares, sean oficiales, suboficiales o soldados profesionales, tienen un régimen salarial y prestacional especial consagrado en el Decreto 4433 de 2004, donde se señala el subsidio familiar como partida computable respecto de las asignaciones de retiro de los primeros, pero dicha prestación se excluye frente a los soldados profesionales, desconociendo que éstos últimos son los que menos ingresos perciben dentro de la escala salarial de los miembros de las Fuerzas Militares.

Indica que en sentencia de unificación del 20% de los soldados profesionales del 17 octubre de 2013, se relacionó el subsidio familiar como partida que hace parte de la asignación de retiro.

4.2. Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL -

Señala que solamente a partir de la expedición de la Ley 923 de 2004 y su decreto reglamentario 4433 del mismo año, se dio la oportunidad a los soldados profesionales de acceder a una asignación de retiro, modificándose lo establecido en los decretos 1793 y 1794 de 2000.

Es así que la entidad accionada liquidó la asignación de retiro del accionante al momento de su retiro con las leyes y normatividad preexistentes para la fecha de reconocimiento, actuando de esta manera conforme a derecho, por lo que es claro que el demandante, señor Jorge Enrique Lozano, no le asiste el derecho impetrado, toda vez que su retiro fue anterior a julio de 2014.

Igualmente señala que la Caja demandada no ha realizado actos diferentes a la defensa judicial que le asiste, como tampoco ha realizado actos dilatorios, temerarios ni encaminados a perturbar el procedimiento, y apegado a la normatividad vigente, solicitando no imponer condena en costas ni agencias en derecho.

4.3 Nación – Ministerio de Defensa Nacional

Durante la oportunidad procesal guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

5. CUESTIÓN PREVIA

El despacho advierte que la entidad vinculada, Nación – Ministerio de Defensa – presentó la excepción denominada **falta de legitimación en la causa por pasiva**, la cual se encuentra enlistada en el numeral 6 del artículo 180 de la Ley 1437 de

2011, argumentando que el demandante se encuentra gozando de asignación de retiro, la cual le fue reconocida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL – y que los actos acusados fueron expedidos por ésta entidad, por lo que el Ministerio de Defensa no le asiste legitimación en la causa por pasiva.

En tal sentido se procederá a su estudio así:

La legitimación en la causa ha sido definida por la jurisprudencia del Consejo de Estado como un presupuesto anterior y necesario para dictar sentencia de mérito y hace referencia a la relación sustancial que debe existir entre las partes en el proceso y el interés sustancial del litigio, de tal manera que aquella persona a quien se le exige la obligación es a quien habilita la ley para actuar procesalmente.

Así entonces al revisar el plenario, el despacho considera que no le asiste legitimación en la causa por pasiva al Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, en razón a que el actor se encuentra retirado del servicio y las pretensiones de la demanda se encaminan a obtener el reajuste de la asignación de retiro, lo cual le atañe únicamente a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

En orden lo anterior, considera el despacho procedente traer a colación lo dicho por el Consejo de Estado, en sentencia de tutela proferida por la Sección Primera, el 28 de febrero de 2019, en el radicado 11001-03-15-000-2018-04640-00(AC), que sobre la legitimación de CREMIL señaló:

“Sin embargo, la Sección Segunda del Consejo de Estado, al resolver en segunda instancia demandas promovidas en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho en contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, ha considerado que su reconocimiento y pago corresponde a CREMIL (...) Así las cosas, es claro que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares tiene legitimación en la causa por pasiva para responder por las solicitudes de reajuste de las asignaciones de retiro de quienes estando en servicio activo como soldados voluntarios fueron vinculados como soldados profesionales sin que pueda exigírseles que acudan previamente al Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional, para obtener la reliquidación del salario y luego ser reconocidas por CREMIL”

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, y por tanto, se desvinculará del presente medio de control.

6. PROBLEMA JURÍDICO

Procede el despacho a determinar si, ¿el accionante tiene derecho a que se le reajuste la asignación de retiro teniendo en cuenta como partida computable el subsidio familiar inaplicando lo dispuesto en el Decreto 4433 de 2004?

7. TESIS QUE RESUELVEN EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

7.1 TESIS DE LA PARTE ACCIONANTE

Señala el apoderado de la parte demandante que hay lugar a la reliquidación de la asignación de retiro del demandante incluyendo el porcentaje del subsidio familiar que devengaba en actividad, toda vez que el acto administrativo demandado viola el principio de legalidad y desborda las atribuciones señaladas a la administración, negándole al demandante el cómputo de una partida a la que tiene derecho.

7.2 TESIS DE LA PARTE ACCIONADA

Considera que deben negarse las pretensiones de la demanda, toda vez que el acto administrativo de reconocimiento de la asignación de retiro del accionante se encuentra conforme con el decreto 4433 de 2004, pues para su liquidación se incluyeron como partidas computables las que se encontraban taxativamente enlistadas en la normatividad legal.

7.3 TESIS DEL DESPACHO

El Despacho negará las pretensiones de la demanda como quiera que la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, fue contemplada en el Decreto 1162 de 2014, por lo que aquellos que hubieran adquirido dicho derecho con anterioridad a su entrada en vigencia, no son acreedores de dicho beneficio, por no existir norma que disponga su reconocimiento, aunado a que el Consejo de Estado señaló de igual manera en sentencia de unificación.

8. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES Y PROBADOS

HECHO PROBADO	MEDIO PROBATORIO
1. Que el señor JORGE ENRIQUE LOZANO , prestó sus servicios al Ejército Nacional durante 20 años, 5 meses y 18 días.	Documental. Hoja de servicios (fl 12, 83-84)
2. Que mediante Resolución N° 2991 del 30 de agosto de 2010 se le ordenó el reconocimiento y pago de asignación de retiro, efectiva a partir del 30 de marzo de 2010.	Documental. Resolución N° 2991 del 30 de agosto de 2010 (fl 9-10 y 85-87).
3. Que para liquidar la asignación de retiro se tuvo en cuenta: el 70% del salario mensual Decreto 2030 de 2009) indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad.	Documental. Resolución N° 2991 del 30 de agosto de 2010 (fl 9-10 y 85-87).
4. Que el apoderado del actor solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, entre otros, el reajuste de su asignación de retiro, adicionada con un 38.5% de la prima de antigüedad y la inclusión del subsidio familiar en proporción.	Documental. Solicitud (fl. 3-6)

5. Que CREMIL negó la solicitud de reajuste de la asignación de retiro solicitada por el actor.	Documental. Oficio CREMIL 119182 del 04 de diciembre de 2018 y oficio CREMIL 77769 del 13 de agosto de 2018 (fl 7-8).
6. Que el actor devengó en el año 2011, prima de antigüedad y subsidio familiar	Documental: Hoja de servicios y desprendible de nómina (Fl. 12 y 22)
7. Steven Enrique, Kevin Alejandro Lozano Sanabria es hijo del señor Jorge Enrique Lozano	Documental: Registro Civil de Nacimiento (Fl. 18-19)
8. La señora Beatriz Sanabria Bonilla es la compañera permanente del señor Jorge Enrique Lozano	Documental: Declaración extra proceso (Fl. 20)
9. Al señor Jorge Enrique Lozano se le incrementó el sueldo básico en un 20% como partida computable dentro de la asignación de retiro	Documental. Resolución N° 8303 del 20 de marzo de 2018 (fl 88-92).

9. MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL: SUBDISIO FAMILIAR

El subsidio familiar ha sido definido como una especie del género de la seguridad social¹ en donde se tiene en cuenta la carga familiar, la niñez, personas de la tercera edad, beneficiando de esta manera los sectores más vulnerables de la población para atender de manera satisfactoria necesidades indispensables como la alimentación, vestuario, educación y alojamiento.

La Corte Constitucional en diferentes oportunidades (C-149 de 1994, C-508 de 1997, C-559 de 2001, C-1173 de 2001, C-655 de 2003, C-041 de 2006, C-393 de 2007, C-1002 de 2007 y C-337 de 2011), ha analizado la naturaleza del subsidio familiar concluyendo:

“En líneas generales, del anterior panorama de desarrollo histórico puede concluirse que 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. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El sistema de subsidio familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento.

¹ Sentencia C-149 de 1994

Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral.

Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social”²

9.1. Del subsidio familiar para los soldados profesionales.

En relación con los soldados profesionales, el Decreto 1794 del 2000, estableció el subsidio familiar en los siguientes términos:

“ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente.”

Más adelante, el Decreto 1161 de 2014, creó tal partida específicamente para los soldados profesionales e infantes de marina, así:

“ARTÍCULO 1º. Subsidio Familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales. Créase, a partir del 1º de julio del 2014, para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no perciben el subsidio familiar regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, así:

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

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

c. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo.

² Sentencia C-508 de 1997

En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica.

PARÁGRAFO 1. El subsidio familiar previsto en el presente artículo en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica de los soldados profesionales e infantes de marina profesionales.

PARÁGRAFO 2. Para los efectos previstos en este artículo los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares a partir del 01 de Julio de 2014, podrán elevar al Comando de Fuerza. la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar previsto en el presente decreto, y el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud de que trata el presente parágrafo, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago.

PARÁGRAFO 3. Los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares que estén percibiendo el subsidio familiar previsto en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, no tendrán derecho a percibir el subsidio familiar que se crea en el presente decreto.”

Ahora bien, descendiendo a tal factor como integrante de las partidas de la asignación de retiro, cabe mencionar que el decreto 4433 de 2004, consagró en su artículo 13 las partidas que se deben tener en cuenta, a efectos de liquidar la asignación de retiro del personal militar, especificando el de los soldados profesionales como el caso bajo estudio así:

“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.

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.

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.”.

Posteriormente y ante el vacío normativo, se expidió el Decreto 1162 de 2014, por medio del cual se creó el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable para los miembros del Ejército Nacional en el cargo de soldados profesionales, norma que señala:

“A partir de julio de 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan”.

En ese orden de ideas, conforme a la normatividad en comento, es claro que el subsidio familiar solo podría reconocerse como partida computable de la asignación de retiro en el caso de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, excluyendo expresamente de dicha prestación a los soldados profesionales, posición que resultaba desigual por lo que dicha situación de vulneración de derecho fundamental fue subsanada con la expedición del Decreto 1162 de 2014, norma que reguló el reconocimiento de dicha partida para los miembros del Ejército Nacional antes nombrados, al momento de su retiro.

10. SENTENCIA DE UNIFICACIÓN SUJ-015-CE-S2-2019.

El Consejo de Estado – Sección Segunda en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, con ponencia del consejero William Hernández Gómez, unificó las reglas sobre el régimen de asignación de retiro de los soldados profesionales en lo concerniente a partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados, reglas para la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales, legitimación de CREMIL para decidir sobre el reajuste de la asignación de retiro, forma de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, cómputo de la prima de antigüedad, porcentaje de liquidación de la asignación de retiro de soldados profesionales e inaplicación de los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015.

En ese orden, en lo que corresponde al tema objeto de estudio, a saber, las reglas para la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales y puntualizando sobre los que adquirieron el derecho a la misma antes de la expedición de los decretos 1161 y 1162 de 2014, señaló:

“195. De acuerdo con lo expuesto en precedencia, el hecho de consagrar una asignación de retiro para un sector de las fuerzas militares que antes no lo tenía, es una expresión del principio de progresividad, lo cual, admite que se implemente con cierta gradualidad, hacia la plena realización de los derechos en el diseño y ejecución de políticas públicas en materia del derecho a la seguridad social. Visto así, se trata de una medida positiva encaminada a lograr la igualdad en la protección de todos los miembros de las fuerzas militares durante el retiro, aspecto para el cual se deben tener en cuenta factores tales como los recursos de los que se disponga³, de manera que se asegure la viabilidad de las decisiones que se adopten en tal sentido, ello permite entender que más adelante, se amplió el radio de esta garantía con los Decretos 1161 y 1162 de 2014, que incluyeron expresamente este emolumento, como partida computable en la liquidación de la prestación bajo estudio.

*Una vez definido que no se vulnera el derecho a la igualdad de los soldados profesionales frente a los oficiales y suboficiales, frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, surge un interrogante de similares connotaciones, entre **aquellos soldados profesionales que adquirieron la asignación de retiro con antelación a la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, frente a quienes consolidan su derecho con posterioridad a ellos, lo que implica la inclusión del emolumento bajo estudio.***

Tal situación, supone la confrontación de las situaciones ambos grupos de personal, que ameritan un nuevo análisis del derecho a la igualdad, bajo el mismo esquema planteado anteriormente, test de igualdad, así:

i) Patrón de igualdad: En el escenario planteado se evidencia con facilidad que se trata de sujetos de la misma naturaleza, sin que dicha condición se vea modificada por la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014.

ii) Trato desigual entre iguales: De igual manera, se puede afirmar, sin hesitación alguna, que con la expedición de los mencionados Decretos 1161 y 1162 de 2014 se imparte un trato diferenciado frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues a quienes adquirieron el derecho previamente, según se definió en líneas anteriores, no les asiste derecho a su cómputo.

iii) La diferencia de trato está constitucionalmente justificada: En este punto, es igualmente relevante remitirse al ámbito de aplicación del principio de progresividad, el cual admite la adopción de medidas que amplíen el catálogo de derechos, se presente de manera gradual. Así las cosas, el hecho de que el derecho a la asignación de retiro no abarque desde su nacimiento a la vida

³ Art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales.

jurídica absolutamente todas las partidas que se espera que lleguen a conformarla, no vulnera por sí mismo el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que es constitucionalmente admisible que el derecho se amplíe de manera escalonada, lo que de suyo implica que los sujetos que logren consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones.

*De esta manera, se observa que existe una razón suficiente para un trato jurídico desigual dada por el principio de la progresividad⁴ a lo que se agrega el principio formal de la libertad de configuración del legislador o en este caso el ejecutivo para regular la materia, tal y como antes se analizó, **de manera que el trato en el plano jurídico de la asignación de retiro que se otorga a los soldados profesionales antes de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 no resulta arbitrario ni injustificado.***

Bajo el modelo descrito, es claro que aunque es cierto que existe un trato jurídico distinto entre sujetos que se encuentran en un plano de igualdad fáctica, lo cierto es que tal situación está justificada en principios de raigambre constitucional, de manera que no se configura la vulneración del derecho a la igualdad.

203. En conclusión: 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". (Resaltado fuera de texto)

11. DE LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE OBLIGATORIO

Para entrar a analizar el presente asunto y con el fin de determinar si en el caso concreto debe darse aplicación al precedente establecido por el Consejo de Estado, se observa que el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, dispone:

*"Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. **Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas**".*

En relación con el artículo anterior, la sentencia C-634 de 2011, al hacer el análisis de constitucionalidad de la misma, declaró su exequibilidad ***"en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia.***

⁴ R. Alexy destaca «El principio de igualdad de hecho es, por lo tanto, una razón suficiente para un derecho subjetivo definitivo a un trato jurídico desigual que sirve para la creación de la igualdad de hecho, sólo si desplaza a todos los otros principios contrapuestos que estén en juego.». Teoría de los Derechos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da edición, Madrid 2017, p. 373.

Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad”.

Al respecto, la mencionada Corporación ha señalado las siguientes razones para establecer la vinculatoriedad de los precedentes:

“La primera razón de la obligatoriedad del precedente se relaciona con el artículo 230 superior. De acuerdo con este precepto de la Constitución Política, los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, en ese orden, tienen una autonomía interpretativa e independencia para fallar, pero deben hacerlo dentro de los parámetros que les presenta la ley. Particularmente, el concepto de `ley` ha sido interpretado por la jurisprudencia de la Corte desde un sentido amplio, es decir, la ley no es sólo aquella emitida por el legislador, sino además comprende todas las fuentes del derecho incluidas las sentencias que interpretan la Constitución como norma de normas, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de los órganos de cierre de cada jurisdicción⁵.

La segunda razón se desprende de los principios de igualdad, debido proceso y buena fe⁶. El precedente es una figura que tiene como objetivo principal garantizar la confianza en las decisiones de los jueces a la luz de los principios de seguridad jurídica⁷, igualdad, buena fe y confianza legítima que rigen el ordenamiento constitucional. En otras palabras, la independencia interpretativa es un principio relevante, pero se encuentra vinculado con el respeto a la igualdad⁸ en la aplicación de la ley y por otras prescripciones constitucionales⁹.

⁵ En palabras de la Corte Constitucional: “La misma Corte Suprema de Justicia también ha señalado que la adopción de la Constitución de 1991 produjo un cambio en la percepción del derecho y particularmente del sentido de la expresión “ley”, pues la Constitución se convierte en una verdadera norma jurídica que debe servir como parámetro de control de validez de las decisiones judiciales y como guía de interpretación de las normas de inferior jerarquía”. Cfr. Sentencia C-372 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶ En este sentido, entre muchas otras, pueden verse las sentencias SU-049 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, SU-1720 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-468 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-820 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-162 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

⁷ Sobre este principio, es posible afirmar que el respeto del precedente se funda, principalmente, en el deber de un juez de fallar casos que presenten elementos fácticos y puntos en derecho similares, de manera igual, y no sorprender a los ciudadanos que acuden a la justicia, en virtud del respeto del principio de igualdad y la coherencia y estabilidad en el ordenamiento jurídico. Por ello, un juez, en el caso en que lo encuentre necesario, si se aparta de una decisión anterior aplicable al caso que tiene bajo conocimiento, debe justificar la nueva postura y descalificar las otras consideraciones que han sido base de anteriores decisiones.

⁸ La sentencia C-104 de 1993 con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, estableció el punto de partida jurisprudencial en relación con el derecho a la igualdad y las decisiones judiciales en los siguientes términos: “El artículo 229 de la Carta debe ser considerado con el artículo 13 idem, de tal manera que el derecho a “acceder” igualitariamente ante los jueces implica no sólo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse por parte de los jueces y tribunales en situaciones similares”.

⁹ Ver sentencia T-683 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. “La actividad judicial supone la interpretación permanente de las disposiciones jurídicas, aspecto que implica que el funcionario determine en cada proceso la norma que se aplicará al caso concreto. En ese sentido los diversos jueces pueden tener comprensiones diferentes del contenido de una misma prescripción jurídica y derivar de ella, por esta razón, efectos distintos”.

En palabras de la Corte Constitucional:

‘La fuerza vinculante del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano, se explica entonces, al menos, por cuatro razones principales: (i) en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 13 C.P.), que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; (ii) por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales debe ser ‘razonablemente previsibles’; (iii) en atención a los principios de buena fe y de confianza legítima (artículo 84 C.P.), que demandan respetar las expectativas generadas por las reglas judiciales en la comunidad; y finalmente, (iv) por razones de rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema jurídico’¹⁰.

*La tercera razón es que la respuesta del precedente es la solución más razonable que existe hasta ese momento al problema jurídico que se presenta, y en esa medida, si un juez, ante circunstancias similares, decide apartarse debe tener unas mejores y más razonables razones que las que hasta ahora han formado la solución para el mismo problema jurídico o similares. En ese orden la doctrina ha establecido como precedente: ‘tratar las decisiones previas como **enunciados autoritativos** del derecho que funcionan como **buenas razones para decisiones subsecuentes**’ y ‘exigir de tribunales específicos que consideren ciertas decisiones previas, sobre todo las de las altas cortes, como **una razón vinculante**’¹¹*

Además y en cuanto a la aplicación obligatoria de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, el Consejo de Estado señaló:

“263. La Corte Constitucional en sentencia C-816 de 2011, estableció con claridad que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica contenidos en los artículos 13 y 83 de la Carta Política.¹² Por lo

¹⁰ Cfr. Sentencia T-049 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Entre otras, sentencias T-086 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-161 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹¹ Ver J. Bell. “Sources of Law”, en P. Birks (ed.) English Private Law, 1, Oxford University Press, pp. 1-29 (2000). Citado por Bernal Pulido, Carlos. “El precedente en Colombia”. Revista de derecho del Estado. Universidad Externado de Colombia, páginas 81-94 (2008). Ver en el mismo sentido, “American Law In a Global Context. The Basics”. Sheppard, Steve. Fletcher, George P. Pg. 80-83. (2005) “Casos que establecen una regla en la interpretación de una norma o situación concreta. Esto se identifica con los hechos, el problema jurídico, las consideraciones que sustentan y son relevantes para la decisión, y la solución que se declara para el caso. Para identificar un caso como precedente: *stare decisis* (casos previos que vinculan como precedente), *ratio decidendi* (la razón de ser de la decisión), *obiter dicta* (argumentos por decir que no son la razón de ser de la decisión ni son vinculantes para decisiones posteriores)” (traducción libre). “American Law In a Global Context. The Basics”. Sheppard, Steve. Fletcher, George P. Pg. 80-83. (2005)

¹² La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98. En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativos (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). [...]»

tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio.

264. Efectivamente, tal como lo indica la jurisprudencia constitucional, la garantía del derecho a la igualdad en el ámbito judicial se materializa a través de la coherencia de las decisiones judiciales. Para tal efecto, los jueces deben resolver los casos nuevos en la misma forma en que se han resuelto otros anteriores que presentaban un patrón fáctico y jurídico similar al nuevo proceso. De esta forma, los funcionarios judiciales quedan sujetos tanto al propio precedente –horizontal–, como al fijado por sus superiores funcionales –vertical–.¹³

En virtud de lo señalado por la ley y lo expuesto por la Corte Constitucional y nuestro máximo órgano de cierre sobre la aplicación obligatoria del precedente, el despacho para resolver el caso concreto, dará alcance a la sentencia del 25 de abril de 2019.

12. CASO CONCRETO.

Estudiadas las premisas normativas de la asignación de retiro de los soldados profesionales, y revisada la sentencia de unificación proferida al respecto por el Consejo de Estado, se procede a realizar el análisis tendiente a determinar si en el presente asunto hay lugar a ordenar el reajuste solicitado en la asignación de retiro del demandante.

En ese orden, de acuerdo con el material probatorio allegado a la presente actuación, se observa que el señor **JORGE ENRIQUE LOZANO** estuvo vinculado al Ejército Nacional como soldado profesional, por espacio de 20 años, 5 meses y 18 días, por lo que a través de resolución No. 2991 del 30 de agosto de 2010, la accionada reconoció asignación de retiro.¹⁴

12.1 SUBSIDIO FAMILIAR

De acuerdo con las reglas jurisprudenciales fijadas en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado, el subsidio familiar es partida computable para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales que se hayan retirado con posterioridad al 1º de julio de 2014, la cual corresponde al 30% del valor del valor de la asignación, según lo dispuesto en el Decreto 1161 de 2014.

En el presente asunto, se evidencia que el soldado profesional, señor Jorge Enrique Lozano, prestó sus servicios al Ejército Nacional por un término de 20 años, 5 meses y 18 días, razón por la cual mediante la Resolución No. 2991 del 30 de agosto de 2010, la entidad accionada reconoció su asignación de retiro, a partir del 30 de

¹³ SU-050-2017. Ver también sentencia T-123 de 1995. Respecto de estos precedentes, en Sentencia C-179 de 2016 explicó la alta corporación que «[...] mientras el *precedente horizontal* supone que, en principio, un juez –individual o colegiado– no puede separarse de la *ratio* que ha fijado en sus propias sentencias al momento de resolver casos con idénticas características; el *precedente vertical* implica que, como regla general, los jueces no pueden apartarse de la regla de derecho dictada por las autoridades superiores en cada jurisdicción, como previamente se dijo, encargadas de unificar la jurisprudencia. [...]»

¹⁴ Folio 9-10 y 85-87

septiembre de 2010 teniendo como partidas computables el 70% del salario mensual indicado en el artículo 1º del decreto 1794 de 2000, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad.

En ese orden, evidencia esta falladora judicial que el actor se encuentra dentro de la hipótesis señalada en la sentencia de unificación del Consejo de Estado, pues al haber adquirido el derecho a percibir asignación de retiro a partir del 30 de septiembre de 2010, es decir, antes de la expedición de los decretos 1161 y 1162 de 2014, no se encuentra cobijado dentro de los soldados profesionales que son beneficiarios del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro.

13. RECAPITULACIÓN

En conclusión y de acuerdo con lo señalado en precedencia se negarán las pretensiones de la demanda pues no hay lugar a efectuar la inclusión solicitada por el actor, como quiera que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció la asignación de retiro efectuando la inclusión de los factores salariales que se encontraban contemplados en la normatividad legal para el momento en que adquirió el derecho a percibirla.

14. COSTAS

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del CGP dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el presente caso se observa que las pretensiones fueron despachadas desfavorablemente, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la parte demandante, **en la suma equivalente al 4% de lo pedido.**

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

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARESE probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva presentada por la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO.- NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda.

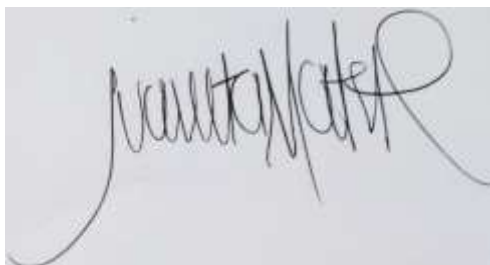
TERCERO.- CONDÉNESE en costas a la parte accionante de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del C. G. P, para lo cual se fija **la suma equivalente al 4% de lo pedido** como agencias en derecho.

CUARTO.- Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme el artículo 203 del C.P.A.C.A.

QUINTO.- Liquídense los gastos del proceso y su hubiere remanentes devuélvanse a la parte demandante.

SEXTO.- En firme este fallo, archívese el expediente, previas las anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE



JUANITA DEL PILAR MATIZ CIFUENTES

Juez

Firmado Por:

JUANITA DEL PILAR MATIZ CIFUENTES

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 6 ADMINISTRATIVO ORAL IBAGUE

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 73001333300620190007500
Demandante: Jorge Enrique Lozano
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL
Vinculado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Decisión: Niega las pretensiones

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
**b2bd0f5daecbac65e78fe1e6a09d157833b09d6981b95ede1065acb
0dcb70faf**

Documento generado en 10/12/2020 04:28:59 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>