



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, doce (12) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado	73001-33-33-006-2020-00247-00
Medio de control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	FRANCISCO GUILLERMO RIVAS MURILLO
Demandado:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Tema:	REAJUSTE ASIGNACIÓN DE RETIRO PRIMA DE ANTIGÜEDAD Y 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 182 A ibídem, se procede a dictar sentencia anticipada en el presente proceso que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovió **FRANCISCO GUILLERMO RIVAS MURILLO** contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL**.

1. PRETENSIONES

1.1. Se declare la nulidad del oficio 2019-23650 notificado el 2 de abril de 2019, por medio del cual se negó el reajuste, reliquidación e inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro del demandante.

1.2. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad y a título de restablecimiento del derecho se ordene:

1.2.1 Reajustar por indebida aplicación de lo establecido en el Decreto 4433 de 2004 en concordancia con el 1794 de 2000, toda vez que se incurrió en un error al efectuar el cálculo del valor de la asignación de retiro, al tomar equivocadamente los factores y porcentajes a liquidar afectando doblemente la prima de antigüedad.

1.2.2 Reajustar por falta de inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, desde la fecha de reconocimiento y hasta cuando se efectúe el pago.

1.3 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 la nómina de pagos.

1.4 Que se disponga el pago de la indexación y los intereses de mora sobre los valores adeudados.

1.5 Que se condene en costas a la entidad accionada, así como el pago de agencias en derecho.

2. HECHOS

2.1. Que el señor **Rivas Murillo**, se vinculó al Ejército Nacional como soldado voluntario, y a partir del 1 de noviembre de 2003, pasó a ser profesional, cumpliendo más de 20 años de servicio.

2.2. Que la fórmula aplicada para liquidar la asignación de retiro, no atiende lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 ya que se aplicó un doble porcentaje a la prima de antigüedad, pues en primer lugar se tomó el 38.5% sobre este rubro adicional al 100% del sueldo básico y al total se le saca el 70%, es decir, que a la prima de antigüedad se le saca un doble porcentaje.

2.3. Que al momento de liquidar la asignación de retiro, la partida del subsidio familiar no fue debidamente calculada, vulnerándose con ello su derecho fundamental a la igualdad, pues para los demás miembros de las fuerzas militares dicho concepto si es incluido en la prestación de retiro.

2.4. Que el 19 de marzo de 2019, se solicitó a la demanda el reajuste de la asignación de retiro por indebida aplicación de los establecido en el Decreto 4433 de 2004, en concordancia con el 1794 de 2000, toda vez que se incurrió en error al efectuar el cálculo del valor por falta de inclusión del subsidio familiar, además por cuanto se afectó doblemente la prima de antigüedad.

2.5 Que mediante oficio número 2019-23650 del 2 de abril de 2019, se negó el reajuste de la asignación de retiro y se incluyó el subsidio familiar en un porcentaje del 23%.

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 Francisco Guillermo Rivas Murillo por medio de Resolución No. 5329 del 30 de junio de 2017, a partir del 31 de agosto de dicho año, por haber acreditado 20 años, 4 meses y 21 días de servicio.

Que dicho reconocimiento se efectuó de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y de acuerdo a lo dispuesto en la hoja de servicios militares del actor, y los artículos 234 y 235 del Decreto 1211 de 1990.

Agrega el abogado, 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.

Frente al reajuste de la prima de antigüedad señala que en aras de dar una mayor facilidad en el trámite administrativo y dar cabal cumplimiento a lo ordenado en la sentencia de unificación en lo referente a la reliquidación de la mencionada prestación, se hará uso de la extensión de jurisprudencia de que trata el art. 102 de la Ley 1437 de 2011.

Indica, que mediante Resolución No. 21213 del 4 de diciembre de 2018, CREMIL le reconoció subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro de conformidad con lo señalado en el Decreto 1161 de 2014.

Propuso la excepción de *“No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares”*

Solicita que si en gracia de discusión se emite condena en costas en contra de la entidad, se tenga en cuenta que si prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda es legalmente valido exonerar a la entidad de ellas.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 Parte demandante

Señala la profesional del derecho que de conformidad con los hechos relatados en la demanda y con el acervo probatorio que obra dentro del expediente, se encuentra plenamente probado que con el actuar de la administración se profirió una clara violación a las normas constitucionales, legales y jurisprudencia, pues en la decisión de la entidad demandada, se advirtió que aplicó un doble porcentaje de la prima de antigüedad al momento de efectuar la liquidación de la asignación de retiro, lo cual va en detrimento de los derechos del demandante, toda vez que al liquidar la prestación de su representado debió tomar el 70% del salario básico y adicionarle el 38.5% de la prima de antigüedad y no aplicar un doble porcentaje respecto a esta última.

De otro lado, señala que en lo que tiene que ver con el subsidio familiar, el mismo se liquidó con un porcentaje que no corresponde al devengado en actividad, presentándose una evidente vulneración del derecho a la igualdad frente a los demás miembros de las Fuerzas Militares y de Policía.

Por lo anterior solicita se acceda a las pretensiones de la demanda.

El despacho deja constancia que pese a que en los alegatos la parte actora hace referencia de manera extensa a porque se debe reliquidar la asignación de retiro

con el aumento del 20%, esa pretensión no fue planteada en la demanda y por lo tanto el despacho no hará pronunciamiento alguno frente a ella.

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

Solicita el apoderado de la parte accionada se nieguen las pretensiones de la demanda, reiterando lo expuesto en la contestación de la misma, concluyendo que los actos administrativos demandados se encuentran ajustados al ordenamiento jurídico.

II. CONSIDERACIONES

5. PROBLEMA JURÍDICO

Procede el despacho a determinar si, ¿es procedente ordenar a la entidad demandada reajustar la asignación de retiro de la cual es titular el demandante con la prima de antigüedad y el subsidio familiar como partidas computables, o si por el contrario, no hay lugar a ello como quiera que el reconocimiento se efectuó conforme lo dispone el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y el Decreto 1161 de 2014?

6. TESIS QUE RESUELVEN EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

6.1 TESIS DE LA PARTE ACCIONANTE

Considera que debe accederse a las pretensiones de la demanda, en tanto, que se liquidó erradamente la asignación de retiro del actor, pues, de una parte aplicó doble descuento en el porcentaje de la prima de antigüedad; y, por otra, en virtud del derecho a la igualdad debe inaplicarse por inconstitucional el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, y otorgar al accionante en su condición de soldado profesional el mismo trato que se le da a los oficiales y suboficiales e incluir el subsidio familiar.

6.2 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 y el subsidio familiar se reconoció en el porcentaje establecido en el decreto 1161 de 2014.

6.3 TESIS DEL DESPACHO

En primer lugar, se negarán las pretensiones de la demanda en lo que concierne a la pretensión encaminada a obtener el incremento del porcentaje en el que le fue reconocido el subsidio familiar como partida computable habida cuenta que

corresponde al taxativamente al determinado por el legislador, y, es el que se estableció en la regla de unificación dada por el Consejo de Estado en la sentencia SUJ-015-CE – S2-2019.

Y por otro lado, deberá accederse a las pretensiones de la demanda, ordenándose a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reajustar la asignación de retiro del actor, aplicando el 70% sobre el salario básico y adicionándole el 38.5% correspondiente de la prima de antigüedad.

7. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES Y PROBADOS

HECHO PROBADO	MEDIO PROBATORIO
1. Que el señor Francisco Guillermo Rivas , prestó sus servicios al Ejército Nacional durante 20 años, 4 meses y 21 días.	Documental. Hoja de servicios (fl 12-13 Archivo020ExpedienteElectrónico)
2. Que mediante Resolución N° 5329 del 30 de junio de 2017 se le ordenó el reconocimiento y pago de asignación de retiro, efectiva a partir del 31 de agosto de 2017.	Documental. Resolución N° 5329 del 30 de junio de 2017 (fl 17-19 Archivo020ExpedienteElectrónico). - Resolución 21213 del 4 de diciembre de 2018 (fl 53-54 Archivo020ExpedienteElectrónico).
3. Que para liquidar la asignación de retiro se tuvo en cuenta: el 70% del salario mensual (salario mensual +40%), adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad de conformidad con lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, y con el 23% del subsidio familiar devengado en actividad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1161 de 2014.	Documental. Resolución N° 5329 del 30 de junio de 2017 (fl 17-19 Archivo020ExpedienteElectrónico). - Resolución 21213 del 4 de diciembre de 2018 (fl 53-54 Archivo020ExpedienteElectrónico).
4. Que la apoderada 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; la inclusión del subsidio familiar en proporción al 70%, entre otros	Documental. Solicitud radicada el 19 de marzo de 2019 (fl 25-28 Archivo020ExpedienteElectrónico).
5. Que CREMIL negó la solicitud de reajuste de la asignación de retiro solicitada por el actor.	Documental. Oficio CREMIL 0023650 del 2 de abril de 2019 ((fl 29-31 Archivo020ExpedienteElectrónico).

8. DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES

El decreto 4433 de 2004, por el cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, definió para el reconocimiento de la mesada pensional de los soldados profesionales, 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.”

A su turno, sobre las partidas computables para el personal de las fuerzas militares, el artículo 13 dispone:

*“**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 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.” (Negrilla fuera de texto)

Respecto del **salario**, el decreto 1794 de 2000, por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, precisó:

*“**ARTICULO 1. ASIGNACIÓN 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%).” (Negrilla fuera de texto)***

De cara al porcentaje de la **prima de antigüedad** computable como partida a efectos de obtener el ingreso base de liquidación de la asignación de retiro, el decreto 4433 dispuso en el artículo 18:

*“**Artículo 18.** Aportes de soldados profesionales de las Fuerzas Militares. Los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:*

(...)

El aporte sobre la prima de antigüedad fijado en el presente numeral se liquidará sobre los porcentajes que se señalan a continuación de acuerdo con el tiempo de servicio así:

(...)

*18.3.7 **El treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante.” (Negrilla fuera de texto)***

Así entonces, la asignación de retiro a favor de los soldados profesionales, se reconocerá sobre el 70% del salario devengado, adicionado ese monto con un porcentaje del 38.5% que corresponde a la prima de antigüedad, siendo éstas las

partidas computables a efectos de determinar el ingreso base de liquidación de la mesada.

En lo que tiene que ver con el subsidio familiar debe indicarse que conforme lo previsto en el artículo 1º de la Ley 21 de 1982, corresponde a *“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.”*

En esa medida se encuentra que el artículo 11 decreto 1794 de 2000, estableció:

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

Posteriormente, el decreto 3770 de 2009, dispuso:

“ARTÍCULO 1º. Derogase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000,

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

***PARÁGRAFO SEGUNDO.** Aclarase que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual”*

Por su parte, el Decreto 4433 de 2004 reglamentario de la Ley 923 de 2004, en relación con este ingreso laboral estableció en el artículo 5º :*“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”.*

Posteriormente, el decreto 1162 de 2014, señaló que a partir de julio del 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

Además, se expidió el Decreto 1161 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:

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

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

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

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

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

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

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

9. 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.

Respecto de los temas objeto de estudio, precisó:

9.1. REAJUSTE DE LA ASIGNACION DE RETIRO CON LA INCLUSION DEL SUBSIDIO FAMILIAR EN PORCENTAJE EQUIVALENTE AL 62.5% DE LA ASIGNACION BÁSICA QUE DEVENGABA EN ACTIVIDAD, CONFORME AL ARTICULO 11 DEL DECRETO 1794 DE 2000 Y NO EN LOS TERMINOS DEL DECRETO 1161 DE 2014.

Conforme se indicó en precedencia la citada sentencia de unificación determinó las partidas que se deben tener en cuenta al liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales que no son otras que las se encuentran taxativamente previstas en la Ley. En esa medida señaló que únicamente se pueden tener en cuenta¹: *i.- Aquella enlistada de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad. li.- 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.*

En relación con el subsidio familiar precisó que *“los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.”*

Es importante precisar que, la citada Corporación luego de analizar la finalidad del subsidio familiar y confrontarlo con las normas que regulan dicho aspecto, consideró que el trato diferente del régimen de los soldados profesionales se encuentra justificado en *“que existía una situación previa en la que los soldados profesionales no tenían el mismo grado de protección del derecho a la seguridad social de los oficiales y suboficiales, pues fue solo hasta la expedición del Decreto 4433 de 2004 que se consagró la asignación de retiro, con lo cual se observó un avance en materia de garantías para los soldados profesionales. A reglón seguido señaló:*

¹ SUJ – 015 – CE –S2-2019

“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 disponga², 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.

196.

U

na 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.

197.

T

al 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:

198.

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.

199.

i

i) 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.

200.

i

ii) 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 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

² Art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales.

logren consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones.

201. D
e esta manera, se observa que existe una razón suficiente para un trato jurídico desigual dada por el principio de la progresividad³ 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.

202.
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.

9.2. PRIMA DE ANTIGÜEDAD.

Sobre la forma correcta de liquidar la prima de antigüedad en la asignación de retiro de los soldados profesionales en interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, señaló:

“232. Como se expuso en precedencia, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 estableció que la asignación de retiro para los soldados profesionales que se retiraran con 20 años de servicios y una vez transcurridos los 3 meses de alta, será liquidada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en suma 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», sin que pueda ser inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

233. Sobre este aspecto, CREMIL considera que del tenor literal de la norma se desprende que el salario debe adicionarse con el porcentaje de la prima de antigüedad, y sobre ese resultado calcular el 70%, así:

(Salario+ prima de antigüedad) 70%=Asignación de Retiro*

234. Al respecto es importante señalar que según se informó en el Oficio radicado 20185000062391-DDJ del 14 de septiembre de 2018 proveniente de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para interpretar el contenido del artículo citado, CREMIL adoptó el Concepto núm. 2014-6000006331 del Departamento Administrativo de la Función Pública del 17 de enero de 2014, en el cual se indicó lo siguiente: «[l]a asignación de retiro de los soldados profesionales equivale al setenta por ciento (70%) de la suma de los dos factores determinantes: el primero, el salario mensual, lo que conforme al artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 equivale al valor de un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario, y segundo, el valor equivalente al treinta y ocho por ciento (38,5%) del valor de la prima de antigüedad correspondiente al respectivo soldado profesional», precisando que «al resultado de estos dos factores se le debe estimar

³ 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.

el valor del setenta por ciento (70%), el cual finalmente constituye el valor que por concepto de asignación de retiro debe reconocerse al respectivo soldado profesional retirado del servicio».

235. Para la Sala, tal interpretación no corresponde a lo previsto por la aludida disposición, toda vez que al obtener el porcentaje del 70% sobre la sumatoria del salario mensual adicionado con el 38.5%, se estaría afectando indebidamente el porcentaje de la prima de antigüedad y el valor total de la asignación de retiro.

236. En efecto, al revisar el contenido de la norma se observa que la misma prevé que la asignación mensual de retiro será 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», lo que a juicio de esta corporación significa que el 70% afecta solamente el valor de la asignación salarial y no el de la prima de antigüedad, es decir, (Salario mensual x 70%) + prima de antigüedad= Asignación de Retiro

237. Se observa entonces que el resultado que arrojan las hipótesis propuestas es distinto, pues en el segundo escenario se obtiene un valor mayor. De manera que la interpretación de la entidad conlleva un detrimento para el soldado que pasa a situación de retiro. En este sentido, considera la sala que calcular la prestación en el 70% de la asignación salarial sumada con el porcentaje de la prima de antigüedad es una interpretación que soporta una doble afectación de esta última partida, consecuencia que la ley no prevé y que va en perjuicio del derecho⁴.

238. Además, aunque de la literalidad de la norma no se evidenciara su correcta aplicación, en caso de duda sobre los conceptos que deben ser afectados con el porcentaje del 70%, lo propio sería optar por la interpretación más favorable al extremo débil de la relación laboral, que para el caso sería el soldado que pasa a situación de retiro tras 20 años de servicio. Así las cosas, en aplicación del principio de favorabilidad, lo procedente es elegir la segunda de las interpretaciones propuestas.

239. También resulta importante precisar que el 38.5% de la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula 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. En efecto, el artículo 13.2.2 del Decreto 4433 de 2004, al señalar como partida computable de la asignación de retiro la prima de antigüedad remite a los porcentajes previstos por el artículo 18 ejusdem, que en el numeral 18.3.7, dictamina que el valor del aporte a CREMIL sobre el factor bajo estudio sea liquidado sobre el 38.5%, a partir del año 11 de servicio.

240. Todo lo anterior lleva a concluir que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 debe interpretarse de la siguiente forma:

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

241. Adicionalmente, es menester precisar que conforme lo visto en precedencia el salario básico mensual que debe tenerse en cuenta para este cálculo, en el caso de quienes fueron soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como

⁴ Ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Primera, sentencia de 11 de diciembre de 2014, radicación: 110010315000201402292 01(AC), actor: Omar Enrique Ortega Flórez; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 24 de febrero de 2015, radicación: 11010325000201404420 00 (AC), actor: Alfonso Castellanos Galvis; Sección Segunda, Subsección A, sentencia 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500801 00; posición reiterada en las siguientes providencias: Sección Segunda Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2016, radicación: 110010315000201502615 01 (AC), actor: Tito Enrique Valbuena Ortiz; Sección Cuarta, sentencia del 11 de mayo de 2016, radicación: 1100103-150002016-00822-00(AC), actor: Jairo Mendoza Mendoza; Sección Quinta, sentencia del 7 de julio de 2016, radicación: 110010315000201601695 00(AC), actor: José Antonio Cualla Sigua; Sección Primera, sentencia del 23 de junio de 2017, radicación: 110010315000201701058 00(AC), actor: Edwing Guerrero Galvis; Sección Primera, sentencia del 14 de septiembre de 2017, radicación: 11001-03-15-000-2017-01527-00, actor: José Alirio Camargo Pérez.

profesionales, será el equivalente a un salario mínimo adicionado en un 60%, por lo expuesto en el punto anterior.” (Negrita del Despacho)

10. 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. 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

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

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. 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

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”.

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)

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 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.

11. 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 **FRANCISCO GUILLERMO RIVAS MURILLO** estuvo vinculado al Ejército Nacional como soldado profesional, por espacio de 20 años, 4 meses y 21 días, por lo que a través de resolución No. 5329 del 30 de junio de 2017, la accionada reconoció asignación de retiro, adicionada el 4 de diciembre de 2018 a través de resolución 21213.

11.1 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

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 Administrativo (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). [...]»

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. [...]»

con posterioridad al 1º de julio de 2014, según lo dispuesto en el Decreto 1161 de 2014.

Habiendo estudiado el régimen del subsidio familiar, aterrizado al percibido por los soldados profesionales, corresponde continuar con el análisis del sub – lite, premisa en virtud de la cual asume relevante que se tiene acreditado que el accionante prestó sus servicios al Ejército Nacional como soldado profesional y de las pruebas obrantes en el plenario se observa que tiene unión marital de hecho con la señora LEIDY JOHANA HENAO MARTÍNEZ y que es padre de ISABELLA RIVAS HENAO quien nació el 23 de junio de 2016, y percibe por dicho concepto 23%, que corresponden a: 20% por la unión marital de hecho y 3% por la menor, con novedad fiscal 18 de noviembre de 2016, siendo entonces reconocida esta partida en vigencia del Decreto 1161 de 2014.

En esa secuencia, no aparece registro o evidencia que la unión marital de hecho hubiese sido puesta en conocimiento de la accionada con anterioridad a la fecha de novedad fiscal, siendo importante señalar que, la carga de informar aspectos que corresponden a la esfera personal de un trabajador, como el cambio de su estado civil, compete únicamente a él, como acertadamente lo han estipulado los Decretos sobre la materia, y tal y como indica el Decreto 1161 de 2014:

“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.”

Así pues, el reconocimiento del subsidio familiar no sólo está supeditado al cambio de estado civil de un soldado profesional, sino que impone para éste el deber de informarlo a la entidad, pues sólo a partir de ese momento tendrá efectos lo pretendido, premisa frente a la cual, encuentra concordante este Despacho que al demandante se le hubiera realizado el mismo, observando las previsiones del Decreto 1161 de 2014, pues para la fecha de la radicación de su solicitud, en virtud de la cual se consolidó su derecho a percibir el subsidio familiar, era tal norma la que se encontraba vigente.

Finalmente, respecto al argumento planteado de la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009, produce efectos ex tunc, por lo que es posible aplicar al caso particular del actor lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000; precisa señalar que, el Consejo de Estado en providencia del 8 de septiembre de 2017, al resolver la solicitud de adición y aclaración a la sentencia del 8 de junio de 2017, claramente señaló¹⁴:

¹⁴ CE, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: CESAR PALOMINO CORTES, ocho (8) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), Rad. No.: 11001-03-25-000-2010-00065-00(0686-10)

[...]

“De acuerdo con lo dicho, la declaratoria de nulidad con efectos ex tunc del Decreto 3770 de 2009 revivió las disposiciones normativas contenidas en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, restituyendo sus efectos con el fin de evitar la existencia de vacíos normativos y, por ende, la inseguridad jurídica generada por la ausencia de regulación particular y específica respecto de situaciones jurídicas no consolidadas desde el momento de su promulgación hasta cuando fue subrogado por el Decreto 1161 de 2014, que permanece en vigor desde su entrada en vigencia hasta nuestros días, por cuanto que no ha sido expulsado del ordenamiento jurídico por ninguna de las vías legalmente establecidas.”

En tal sentido, si bien los efectos de la sentencia de nulidad son ex tunc, es decir, las cosas vuelven al estado en que se encontraban, también es que no es posible reconocer el subsidio familiar en los términos del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, en primer lugar, porque el actor no cumplió con la carga de acreditar su estado civil ante la entidad durante el término en que la disposición tuvo vigencia y en segundo lugar, porque el Decreto 1161 de 2014 subrogó lo dispuesto en el artículo 11 del multicitado decreto.

En virtud de lo antes expuesto, se evidencia que el señor RIVAS MURILLO devengaba subsidio familiar en los términos dispuestos en el decreto 1161 de 2014, por lo que al haberse retirado con posterioridad al 1 de julio de 2014, era destinatario de las previsiones contenidas en dicha norma y que define los parámetros y porcentajes en que se debe liquidar dicha partida.

En tal sentido, al revisar el caso en concreto se advierte que la entidad accionada al momento de liquidar la asignación de retiro del accionante le tuvo en cuenta como partida computable el subsidio familiar en cuantía equivalente al 23%, que era la que vendía devengando en actividad. Así las cosas, el despacho no accederá a reajustar la asignación de retiro modificando el porcentaje en el que le fue reconocido el subsidio familiar, habida cuenta que se calculó en la forma y términos dispuesto en la ley, lo cual valga señalar se incorporó como regla de unificación en la sentencia SUJ – 015-CE-S2-2019.

11.2. PRIMA DE ANTIGÜEDAD

Descendiendo al estudio para la procedencia de la reliquidación del factor de prima de antigüedad, se encuentra acreditado que le fue reconocida una asignación de retiro donde se le incluyeron como partidas computables el 70% del salario mensual adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, liquidadas de la siguiente forma según señaló la certificación visible a folio 8 del expediente:

Salario Básico	(SMMLV + 40%)	\$ 1.093.738.00
Porcentaje de liquidación		70%
SUBTOTAL		\$765.617.00
Prima de antigüedad	(SB *70%*38.5%)	\$ 294.763.00

Total asignación de retiro	\$ 1.060.380.00
-----------------------------------	------------------------

Al confrontarse, la liquidación efectuada por la Entidad con la norma y la postura adoptada por el Consejo de Estado en providencia de unificación, se colige que la interpretación dada para calcular la asignación de retiro de los soldados profesionales, resulta incorrecta y por tanto desmejora el valor de la mesada del accionante, pues en efecto su asignación debe ser liquidada sobre el 70% del salario básico adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad y no como erróneamente lo ha venido haciendo la accionada, sumando la asignación básica con la prima de antigüedad para así proceder a la aplicación del porcentaje del 70%.

Vale precisar que, el 38.5% de la prima de antigüedad se calcula a partir del 100% del salario mensual que devengue el soldado profesional al momento de adquirir su derecho a obtener la asignación de retiro.

Por lo que la liquidación a la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro, debió ser la siguiente:

Salario Básico (SMMLV + 40%) - 2018	(\$781.242 + 40%)	\$ 1.093.738
70% del sueldo básico:	(\$1.093.738 x 70%)	\$ 765.616
Prima antigüedad:(Sueldo Básico x 38.5%)	(\$1.093.738 x 38.5%)	\$ 421.089
Asignación retiro (70% sueldo básico) + prima de antigüedad (38.5% sueldo básico).	(\$765.616+\$421.089)	\$ 1.186.705
Total Asignación de retiro		\$ 1.186.705.00

Lo anterior permite concluir que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en el caso en litigio, hizo una aplicación equivocada de la norma, en el sentido que el 70% no se aplica sobre la prima de antigüedad, sino exclusivamente sobre el salario mensual y se le adicionará el porcentaje de la prima de antigüedad y de esta suma resultará el valor a pagar como asignación de retiro.

El valor de la prima de antigüedad se obtiene entonces de multiplicar el sueldo mensual básico devengado por el soldado profesional por el porcentaje establecido¹⁵, cantidad que será tenida en cuenta como partida computable para la asignación de retiro de los miembros de las fuerzas militares¹⁶.

¹⁵ Decreto 1794 del 2000 ARTICULO 2. PRIMA DE ANTIGÜEDAD. Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%).

¹⁶ Artículo 16 Decreto 4433 del 2004. *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.

En conclusión, este Despacho ordenará la reliquidación de la asignación de retiro del señor **Francisco Guillermo Rivas Murillo**, pero únicamente aplicando el 70% a la asignación básica y a este resultado adicionarle el 38.5% de la prima de antigüedad, de conformidad con lo dispuesto en la ley y la sentencia de unificación del Consejo de Estado, desde el momento del reconocimiento de su mesada mensual.

12. DE LA PRESCRIPCIÓN

El decreto **4433 de 2004**, en su artículo 43¹⁷, dispone que las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en dicho decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

De acuerdo con las pruebas existentes en el plenario, el Despacho advierte que la Resolución **No. 5329 de 2017**, mediante la cual se le reconoció la asignación de retiro al demandante, fue expedida el **30 de junio de 2017**, y, que la petición de reajuste se presentó ante la entidad demandada, el **19 de marzo de 2019**, es decir dentro del término legal para el efecto, por lo cual es dable concluir que no le ha prescrito el derecho a reclamar el reajuste de las mesadas pensionales, razón por la cual, el reconocimiento de los valores que resulten del reajuste de su pensión deberá hacerse a partir del **31 de agosto de 2017**, fecha de efectividad de su mesada.

Además, los valores resultantes del reajuste de la liquidación de dichas sumas serán indexados, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = \frac{\text{Rh índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de reajustes, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia) por el índice inicial (vigente para la época en que se causaron las sumas adeudadas).

13. RECAPITULACIÓN

En orden a los argumentos expuestos, se accederá a las pretensiones de la demanda, ordenándose a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reajustar la asignación de retiro del actor, tomando para ello la interpretación literal efectuada en esta providencia al artículo 16 del decreto 4433 de 2004, aplicando el 70% al salario

¹⁷ “**Artículo 43.** Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual. Los recursos dejados de pagar como consecuencia de la prescripción de que trata el presente artículo, permanecerán en la correspondiente entidad pagadora y se destinarán específicamente al pago de asignaciones de retiro en las Cajas o de pensiones en el Ministerio de Defensa Nacional o en la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso.

básico, adicionando a ese resultado el 38.5% sobre la prima de antigüedad a partir del 31 de agosto de 2017.

De otro lado, se negarán las pretensiones tendientes a reliquidar la asignación de retiro del accionante con el incremento del porcentaje reconocido por concepto de subsidio familiar dado que la prestación fue liquidada conforme los parámetros y porcentajes definidos en la ley.

14. CONDENA EN 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 C. G. P 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 parcialmente favorables**, pues se acogió una de ellas, en lo que tenía que ver con el reajuste de la prima de antigüedad y se negó la inclusión como partida computable del subsidio familiar concluyendo entonces el despacho que no hay lugar a imponer condena alguna por este concepto.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLÁRESE la nulidad parcial del acto administrativo No 2019-23650 notificado el 2 de abril de 2019, expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio del cual, se negó el reconocimiento y pago del reajuste de la asignación de retiro al señor **FRANCISCO GUILLERMO RIVAS MURILLO**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO.- A título de restablecimiento del derecho, condenar a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a reliquidar la asignación de retiro del soldado profesional (r) señor **FRANCISCO GUILLERMO RIVAS MURILLO**, identificado con cédula de ciudadanía N° 94.461.148, desde el **31 de agosto de 2017**, así:

- Aplicando el 70% únicamente al salario básico, adicionándosele al resultado el 38.5% de la prima de antigüedad, conforme el tenor literal de las valoraciones efectuadas en esta providencia.
- El 38.5% de la prima de antigüedad se calcula a partir del 100% del salario mensual que devengue el soldado profesional al momento de adquirir su derecho a obtener la asignación de retiro.

Las anteriores sumas deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta lo expuesto en la parte considerativa de la providencia.

TERCERO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

CUARTO.- La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

QUINTO.- SIN CONDENA en costas.

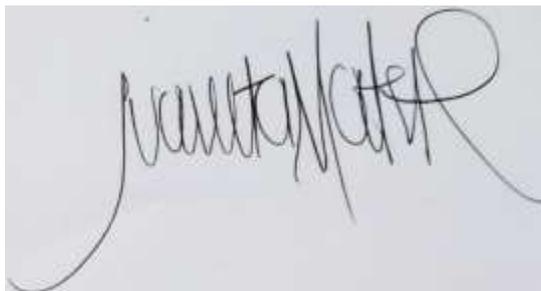
SEXTO.- Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme lo disponen los artículos 203 y 205 del C.P.A.C.A. modificado por la Ley 2080 de 2021.

SÉPTIMO.- En firme este fallo, efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, expídanse copias con destino y a costa de las partes, con las precisiones del artículo 114 del C.G.P. las que serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

OCTAVO.- Líquidense los gastos del proceso, si hubiere remanentes devuélvase a la parte demandante.

NOVENO.- Archívese el expediente, previas las anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JUANITA DEL PILAR MATIZ CIFUENTES
Juez

Firmado Por:

**Juanita Del Pilar Matiz Cifuentes
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Oral 6
Ibague - Tolima**

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:

ef49b98b047d92e49621c7a9ee3766ee6d695183e27e33e1b8dde9f3c413f50e

Documento generado en 12/10/2021 11:12:28 a. m.

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