



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ

TEMA: SUBSIDIO FAMILIAR EN LA ASIGNACIÓN DE
RETIRO - SOLDADO PROFESIONAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN: 73001-33-33-011-2019-00107-00
DEMANDANTE: JOSÉ IGNACIO VELA BARRAGÁN
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -
CREMIL
ASUNTO: SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

Ibagué, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Como el proceso se ha rituado conforme a las reglas adjetivas que le son propias sin que se observe causal alguna que pueda invalidar lo actuado, procede el Despacho a proferir la sentencia que en derecho corresponda, dentro del medio de control presentado por el señor José Ignacio Vela Barragán en contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL).

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

1.1.1. Pretensiones¹

PRIMERO: Que se declare la nulidad del acto administrativo contentivo en el oficio 0109538 – CREMIL-110339 del 21 de noviembre de 2018 por medio del cual le negaron al demandante la solicitud de incrementar el subsidio familiar en su asignación de retiro en el porcentaje de le era reconocido y pagado en servicio activo, es decir, en un porcentaje equivalente al 4% del salario básico mensual más el 100% de la prima de antigüedad indexado con su respectivo retroactivo.

SEGUNDO: Que a título de restablecimiento del derecho se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a reconocer y pagar al demandante el subsidio familiar con su respectiva reliquidación de sus prestaciones sociales en su asignación mensual de retiro a partir del 29 de octubre de 2014 y en el porcentaje que venía percibiendo al momento de su retiro, determinado en el artículo 1º del Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009 que derogó el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, es decir, en un porcentaje equivalente al 4% del salario básico mensual más el 100% de la prima de antigüedad.

¹ Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 01 – Fls. 32 – 33.

TERCERO: Se ordene el reajuste y el incremento de su asignación de retiro desde que se hizo efectiva la asignación mensual de retiro.

CUARTO: Que se ordene el pago de la diferencia resultante dejada de pagar y se indexe conforme al artículo 192 y 195 del CPACA.

1.1.2. Hechos²

El soldado profesional José Ignacio Vela Barragán prestó sus servicios profesionales en el Ejército Nacional durante 20 años, 2 meses y 21 días, reconociéndosele asignación de retiro sin incluir el subsidio familiar que le había sido pagado durante todo su tiempo de servicio activo en un equivalente al 4% del salario básico mensual más el 100% de la prima de antigüedad.

En respuesta al derecho de petición presentado por el accionante, la entidad le dio respuesta negativa a la petición con el argumento que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, norma con la que se regula el régimen pensional, no expresa que la partida salarial del subsidio familiar debe tenerse en cuenta en la liquidación de la asignación mensual de retiro.

Que por los bajos recursos económicos del accionante, la negativa de la entidad esta desmejorando la calidad de vida, como quiera que tiene que mantener a su esposa y sus 4 hijos.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación³

Determina como normas vulneradas las siguientes:

De la Constitución Política: Artículos 1, 4, 13, 29, 42, 53, 58, 121, 122, 123 y 209.

Decreto Ley 1211 de 1990: Artículos 79, 158 y 161.

Ley 923 de 2004: Artículo 2°.

Decreto 4433 de 2004; Artículos 2, 3, 13.1.7 y 13.2.1.

Decreto 1794 de 2000: Artículo 11.

Dentro del concepto de la violación afirma el apoderado del accionante, que al momento en que se niega su petición, el subdirector de prestaciones sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL – vulneró su derecho fundamental a la igualdad y al principio de favorabilidad que tienen todas las personas ante la ley, así como a gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación alguna, sumado su situación económica, física o mental que se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta como lo son las personas de la tercera edad y en general los pensionados.

Señalando, que el funcionario que expidió el acto administrativo objeto de estudio de nulidad, se extralimitó en sus funciones y abuso del poder, al no aplicar la ley y

² Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 01 – Fls. 33 – 34.

³ Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 01 – Fls. 34 – 36.

la jurisprudencia constitucional vigente en relación con el tema, además de vulnerar el derecho de igualdad al excluir al demandante de los beneficios otorgados por el ley para proteger a los trabajadores de bajos ingresos.

1.2. Contestación de la demanda – CREMIL -⁴

La defensa de la entidad indicó que acepta los hechos relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro y la conclusión del procedimiento administrativo, frente a los demás se opone, solicitando que se nieguen las pretensiones de la demanda.

Igualmente, solicita no imponer condena en costas y agencias en derecho en contra de CREMIL.

Como excepciones de fondo incoa las siguientes:

- Subsidio familiar como partida computable

Manifiesta que conforme al Decreto 4433 y la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 abril de 2019, el subsidio familiar no es partida computable para la asignación de retiro para aquellos soldados e infantes de marina retirados antes de julio de 2014. Motivo por el cual no es procedente para el presente caso.

- Inexistencia de fundamento jurídico para la inclusión del subsidio familiar como partida computable

Argumenta, que en la hoja de servicios expedida por el Ministerio de Defensa no se encuentra incluida la partida de subsidio familiar dentro de las partidas computables para la asignación de retiro, sumado que la entidad debe regirse por la normativa vigente, sin emitir preceptos y sin darle un alcance diferente al establecido por el legislador. Motivo por el cual, la negativa a la petición del accionante tiene su fundamento en las disposiciones que regulan el reconocimiento de la asignación de retiro para los miembros de las Fuerzas Militares como es el Decreto 4433 de 2004.

- Legalidad de las actuaciones efectuadas por cremil – correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes

Dispone que la entidad ha dado cumplimiento a las normas aplicables en materia pensional para los miembros de las Fuerzas Militares.

- No configuración de falsa motivación en las actuaciones de cremil

Indica que la entidad ha actuado con apego a la Ley y a los actos administrativos expedidos y que se encuentran bajo la presunción de legalidad.

⁴ Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 01 – Fls. 50 – 77.

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 14 de junio de 2019⁵ ante la oficina de Reparto, correspondiendo su conocimiento al presente Juzgado y siendo admitida a través de providencia del 30 de agosto de 2019⁶, donde se dispuso notificar personalmente a la entidad demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Posteriormente, mediante proveído del 18 de noviembre de 2021, se tuvo como pruebas los documentos aportados por la parte demandante con la demanda y los adjuntados por la entidad demandada con el escrito de contestación, se fijó el litigio y se corrió traslado a las partes para que rindieran por escrito sus alegatos de conclusión y el Ministerio público emitiera su concepto de fondo si a bien lo consideraba⁷.

Finalmente, el expediente ingresó al despacho para dictar sentencia el día 28 de febrero de 2022, según constancia secretarial⁸.

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.1.1. Parte demandante

Guardó silencio.

2.1.2. PARTE DEMANDADA⁹

El apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se ratificó en todo lo manifestado en el escrito de la contestación de la demanda como también en las excepciones de fondo.

Así mismo, indicó que las actuaciones realizadas por la entidad que representa, al momento de reconocimiento del retiro del demandante, se encuentran ajustadas a lo dispuesto en el Decreto 4433 de 2004, por lo que solicita se denieguen todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

2.1.3. Ministerio público

No emitió concepto fondo.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema Jurídico

⁵ Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 01 – Fl. 4.

⁶ Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 01 – Fls. 41 – 43.

⁷ Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 02.

⁸ Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 10.

⁹ Expediente digital – cuaderno principal – documento No. 04 – 05.

¿Se encuentra afectado de nulidad el oficio 0109538 – CREMIL 110339 del 21 de noviembre de 2018 proferido por la entidad accionada, y como consecuencia de ello, se debe ordenar el reajuste de la asignación de retiro del demandante teniendo en cuenta como partida computable el subsidio familiar devengado en actividad, como factor de liquidación conforme al Decreto 3370 de 2009?

3.2 Tesis

Como quiera que el accionante, causó 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, conforme a lo establecido en la Sentencia de Unificación, proferida el 25 de abril de 2019 por el Consejo de Estado¹⁰.

3.3. El subsidio familiar para miembros de las fuerzas militares

Tratándose de los **miembros de las Fuerzas Militares**, la prestación de subsidio familiar fue reconocida por el legislador, esencialmente **a favor de oficiales y suboficiales**. Sobre el particular, el Consejo de Estado, en sentencia del 3 de diciembre de 2009¹¹, tuvo oportunidad de revisar de forma cronológica la normativa que consagró dicha prestación, entre ellas, las Leyes 126 de 1959 y 95 de 1989; y los Decretos 325/59, 2337/71, 612/77, 89/84 y 1211 de 1990.

Como se advierte, la prestación fue prevista y reglamentada siempre a favor del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas militares **en servicio activo**, aunado a ello, por virtud de la última normativa citada, este es, el **Decreto 1211 de 1990**, se previó que la prestación de subsidio familiar debía ser incluida como partida computable en la asignación **de retiro** de dicho personal, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 158. LIQUIDACIÓN PRESTACIONES. Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así:

- Sueldo básico.
- Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.
- Prima de antigüedad.
- Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto.
- Duodécima parte de la prima de Navidad.
- Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.
- Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.
- **Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidará conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de**

¹⁰ CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ II. Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019) Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Radicación: 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016).

¹¹ Radicación número: 25000-23-25-000-2009-00468-02, C.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico. Resaltado del Despacho.

Posteriormente, en los artículos 5º y 13 del **Decreto 4433 de 2004**, se reiteró la inclusión de la partida de subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro para el personal de oficiales y Suboficiales en los siguientes términos:

*“ARTICULO 50. **Cómputo de la partida del subsidio familiar.** Cuando haya lugar a la inclusión de la partida de subsidio familiar para la liquidación de la asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia, el monto de la misma no sufrirá variación alguna por hechos ocurridos con posterioridad al retiro del personal de que trata este decreto.*

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

ARTICULO 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares: la asignación de retiro, pensión de invalidez o de sobrevivencia, se liquidaran según corresponda a 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 60 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 10 del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto”. Resaltado del Despacho.

Fue solo hasta la expedición del **Decreto 1794 del año 2000** “Por medio del cual se expide el régimen de carrera y Estatuto del Personal de Soldados profesionales de las Fuerzas Militares”, que se creó la prestación de subsidio familiar a favor de los **soldados profesionales**, en los siguientes términos:

*“Artículo 11. **SUBSIDIO FAMILIAR:** a partir de la vigencia del presente decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares, casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual*

de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad”

Sin embargo, la norma no precisó si el reconocimiento se efectuaría para los soldados profesionales tanto en servicio activo, como también al momento de ser retirados del servicio.

Posteriormente este artículo fue derogado por el **Decreto 3770 de 2009**, haciendo la precisión echada de menos por la primigenia disposición, en el sentido de prever que sólo tendría beneficio al subsidio familiar el soldado profesional en servicio activo en los siguientes términos:

*“los soldados 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 de Decreto 1794 de 2000 **continuaran devengándolo hasta el retiro del servicio**”*

Finalmente, debe destacarse que, pese a que el legislador enlistó, en la primera parte 13.1. las partidas computables en la asignación de retiro de oficiales y suboficiales incluyendo la de subsidio familiar, y en la segunda, 13.2. excluyéndola para los soldados profesionales, este trato diferenciado entre oficiales, suboficiales y soldados profesionales de las Fuerzas Militares, fue remediado al expedirse el Decreto **1162 de 2014**, mediante el cual el Gobierno Nacional dispuso que:

*“A partir de julio de 2014, para el personal de Soldados Profesionales (...) 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”.*

3.4. Sentencia de unificación sobre la asignación de retiro de los soldados profesionales

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

la asignación de retiro de soldados profesionales; e x) inaplicación de los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015.

En relación al aspecto acá debatido, dicha Corporación precisó que en desarrollo de las Leyes 4ª de 1992 y 923 de 2004, el Presidente de la República expidió el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014, por medio del cual creó nuevamente el subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales, a partir del 1º de julio de 2014, en los siguientes términos:

“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 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”.

Adicionalmente, en el artículo 5º se incluyó el subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro y la pensión de invalidez, en valor del 70% de lo que se devengue por dicho concepto en servicio activo, así:

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

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

“ARTÍCULO 1. A partir de julio del 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.”

Las normas en comento llevan a concluir que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, para incluir el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales, de manera que, a partir de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, las partidas computables son las siguientes:

- Salario mensual: en los términos del artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, esto es,
- Prima de antigüedad: en porcentaje del 38.5%, según lo previsto por el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.
- Subsidio familiar en porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibían tal partida.

Es de anotar que si bien con ocasión del Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, fue tan solo hasta la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 que tal partida se consagró como computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues con anterioridad a dicha fecha no existía disposición legal que así la contemplara.

De conformidad con lo anterior, el Consejo de Estado unificó jurisprudencia en el sentido de precisar las siguientes reglas sobre la asignación de retiro de los soldados profesionales de la siguiente manera:

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

1. En virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:

1.1. Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.

1.2. Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.

2. Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2005 y Decreto 3770 de 2009, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

3. Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.

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

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

salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.

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

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

(Salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro.

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

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

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

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

IV. CASO CONCRETO

4.1. Hechos relevantes probados

Revisada las probanzas arrojadas al sub - lite, se advierte que se encuentran probados los siguientes hechos:

4.1.1. Que el señor José Ignacio Vela Barragán, prestó sus servicios al Ejército Nacional, como soldado profesional, por un tiempo de 20 años, 2 meses y 21

días, según consta en la Hoja de Servicios No. 3-5971725. – *Este hecho se encuentra probado a folio 113 del documento No. 01 del C. ppal.*

4.1.2. Que mediante Resolución No. 2132 del 13 de marzo de 2014, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, le reconoció al Soldado Profesional[®] del Ejército la asignación mensual de retiro a partir del 15 de abril de 2014, en cuantía del 70% del salario mensual (indicado en el numeral 13.2.1.), adicionado en un 38.5.% de la prima de antigüedad de conformidad con lo señalado en el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 y el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. – *Este hecho se encuentra probado a folios 14 – 17 y 117 - 121 del documento No. 01 del C. ppal.*

4.1.3. Que el actor, a través de petición radicada el 29 de octubre de 2018, solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares la reliquidación de la asignación mensual respecto de la partida subsidio familiar, obteniendo como respuesta la negación del derecho a través del acto administrativo contenido en el oficio 0109538 – CREMIL 110339 del 21 de noviembre de 2018. – *Este hecho se encuentra probado a folios 9 – 13 y 125 - 133 del documento No. 01 del C. ppal.*

4.2. Análisis del caso particular

En esta ocasión lo pretendido por el señor José Ignacio Vela Barragán, es la inclusión del subsidio familiar dentro de las partidas computables de su asignación de retiro, a partir del 15 de abril de 2014, fecha del reconocimiento de su asignación de retiro.

Es así que, conforme a lo anterior y en virtud a la regla de unificación, como el demandante adquirió el derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, no tiene derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable, razón por la cual sin mayores consideraciones se negarán las pretensiones de la demanda.

Resaltando a la parte demandante, que no es posible dar aplicación al Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, pues como bien este lo indica es aplicable en servicio activo, motivo por el cual, al momento de determinar las partidas computables para la liquidación de la asignación mensual de retiro, se debe dar aplicación a la normativa aplicable para el personal retirado, sin que el operador judicial puede transgredir las disposiciones del legislador.

A fuerza de lo considerado, el Despacho declarará probada las excepciones denominadas *Inexistencia de fundamentos jurídicos para la inclusión del subsidio familiar como partida computable*, lo que conduce a negar las pretensiones de la demanda.

V. COSTAS

Teniendo en cuenta la sentencia del 16 de abril de 2015 de la sección primera del Consejo de Estado¹² en el cual se manifiesta que la condena en costas no es objetiva y que de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre las costas y que debe establecerse si es o no procedente dicha condena.

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

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

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

Ahora bien, teniendo en cuenta que la defensa de la entidad demandada contestó demanda y presentó alegatos de conclusión, se observa que se causaron agencias en derecho.

Por consiguiente, el despacho condenará en costas a la parte demandante, en tanto resultó vencida en la presente instancia, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.696.481 en favor de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares equivalente al 4% de las pretensiones, de conformidad a lo establecido en el acuerdo PSAA- 16- 10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción denominada *Inexistencia de fundamentos jurídicos para la inclusión del subsidio familiar como partida computable*, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

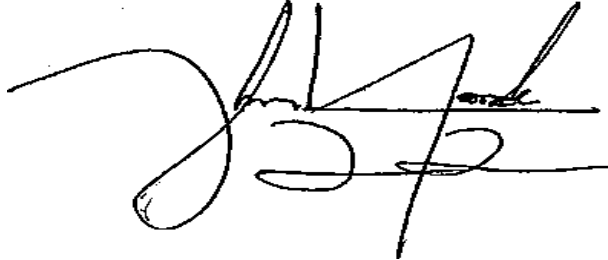
SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

¹² C.P. dr. Guillermo Vargas Ayala. Expediente No 25000 23 24 000 2012 00446 00.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante, tásense tomando como agencias en derecho la suma de \$1.696.481 en favor de la demandada Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, que serán tenidas en cuenta por la secretaría al momento de liquidar las costas.

CUARTO: Una vez en firme esta sentencia, archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

JOHN LIBARDO ANDRADE FLÓREZ

Juez