

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



JUZGADO CUARENTA Y SIETE ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., trece (13) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Clase de Proceso : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**

Demandante : **JAIME VARGAS RÚA.**
C.C. No. 5.576.513.

Demandado : **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL-.**

Radicación : **Nº 11001334204720210019900.**

Asunto : **Asignación de retiro, Inclusión del subsidio familiar.**

Como toda la actuación de la referencia se ha efectuado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual el **Juzgado Cuarenta y Siete Administrativo del Circuito de Bogotá**, en ejercicio legal de la Función Pública de administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente

SENTENCIA

1.- ANTECEDENTES

1.1.- DEMANDA:

1.1.1 ASUNTO A DECIDIR Y COMPETENCIA

Vencido el término establecido en providencia del 13 de septiembre de 2022¹ y según los parámetros normativos contenidos en el artículo 13 del Decreto Ley 806 de 2020 y en los artículos 182A², numeral 1, 187 y 189 del CPACA, el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho regulada por el artículo 138 ibidem,

¹ Ver expediente digital "14AutoCorreTrasladoAlegatos"

² Adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021.

Expediente No.:11001334204720210019900

Demandante: Jaime Vargas Rúa.

Demandado: CREMIL

Asunto: Sentencia.

promovida por el señor **JAIME VARGAS RÚA** actuando a través de apoderado especial, contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL-**.

La parte demandante solicita las siguientes:

1.1.2 PRETENSIONES³

“...PRIMERA: Que se declare la nulidad del acto administrativo conformado por la Resolución No. 1663 de fecha 31 de octubre de 1994 por medio del cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES disminuye la partida del subsidio familiar considerada dentro de la asignación de retiro del señor SARGENTO VICEPRIMERO (R) del EJERCITO VARGAS RUA JAIME Y se ordena un descuento.

SEGUNDA. Que se declare la nulidad del acto administrativo conformado por el oficio 114246 del 15 de diciembre del 2020, por medio del cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES niega el restablecimiento de la partida subsidio familiar por concepto de cónyuge dentro de la asignación de retiro de mi representado.

TERCERA: Como consecuencia de las anteriores declaraciones y, a título de restablecimiento del Derecho, se condene a LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a la restitución, reajuste, reliquidación y pago del factor salarial SUBSIDIO FAMILIAR como partida computable en la asignación de retiro o pensión del señor JAIME VARGAS RUA, en el valor y/o porcentaje que le corresponda.

CUARTA: Se ordene el pago de los retroactivos pensionales desde la fecha en que la entidad demanda ordeno la disminución de la partida Subsidio Familiar hasta su inclusión en nómina de pagos, ya que si se restituye el SUBSIDIO FAMILIAR como partida computable en la asignación de retiro o pensión es claro que el monto de esta también se verá modificado.

CUARTA: Se ordene el pago indexado de todos los valores adeudados a mi representado hasta la ejecutoria de la sentencia.

QUINTA: Ordenar a la entidad demandada a dar cumplimiento a la sentencia de acuerdo al Art 187 Inciso 4 y Art. 192 de la Ley 1437 de 2011.

SEXTA: Se condene en COSTAS a la entidad demandada...”

1.3. HECHOS

1.1.3.1. Hechos Relevantes.

Los principales hechos el Despacho los resume así:

- El actor ingresó al Ejército Nacional como soldado el día 10 de junio de 1963.
- El día 1 de marzo de 1975 el actor fue ascendido como Sargento Viceprimero.
- El día 29 de diciembre de 1973 el señor Vargas Rúa contrajo matrimonio con la señora Edelmira Gómez Pacheco.
- Mediante Resolución 2461 de 1978 el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció una asignación de retiro al demandante a partir del 16 de agosto de 1978, con 21 años, 11 meses y 17 días de servicio

³ Ver expediente digital “01Demanda” hoja 2-3.

Expediente No.:11001334204720210019900

Demandante: Jaime Vargas Rúa.

Demandado: CREMIL

Asunto: Sentencia.

de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 131 del Decreto 612 de 1977 en cuantía del 74% del sueldo en actividad y con la liquidación de valores según lo dispuesto en el Decreto 232 de 1977, así:

- o Sueldo Básico en actividad
 - o Prima de Actividad 15%
 - o Prima de Antigüedad 21%
 - o Subsidio Familiar 35%
 - o Prima de Navidad 1/12
-
- Que el señor Vargas Rúa radicó comunicación del 07 de febrero de 1994, ante CREMIL bajo el consecutivo 004227, solicitando que le fueran suspendidos todos los servicios a la señora Edelmira Gómez Pacheco en razón a que no hacía vida matrimonial con ella desde hace 14 años, aportando sentencia de separación de cuerpos de fecha 04 de septiembre de 1981.

 - En atención a lo anterior, CREMIL procedió a expedir la Resolución 1663 del 31 de octubre de 1994, por medio de la cual disminuyó el del 30% al 5% el porcentaje correspondiente al subsidio familiar dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 132 del Decreto Ley 612 de 1977, a partir del 04 de septiembre de 1981.

 - Mediante petición del 11 de diciembre de 2020 el apoderado judicial del actor solicitó a CREMIL, restablecer la partida de subsidio familiar por concepto de cónyuge dentro de la asignación de retiro.

 - A través del oficio 114246 del 15 de diciembre de 2020 la Coordinadora Grupo Centro Integral de Servicio al Usuario denegó lo solicitado.

1.1.4. Normas Violadas

Fundamentos de derecho.

Fueron señaladas como transgredidas, las siguientes disposiciones:

1. LEGALES:

- Ley 4 de 1992 artículo 2 literal a y artículo 10.
- Decreto 1211 de 1990 artículo 161
- Decreto 4433 de 2004 artículo 5°.
- Decreto 612 del 1990, artículo 68

2. CONSTITUCIONALES

- Artículos 2, 4, 13, 29, 42, 53, 83, 84 y 220.

2. POSICIÓN DE LAS PARTES

2.1 Demandante:

La posición de la parte demandante se extrae del acápite de “*CONCEPTO DE VIOLACIÓN⁴*”, así:

Argumenta el extremo demandante que se tiene derecho al reajuste del subsidio familiar regulado por el Decreto 612 de 1977, en atención a que al momento de contraer matrimonio con la señora Edelmira Gómez y el nacimiento de su hijo el señor Vargas Ríos se encontraba en servicio activo, así las cosas, es procedente la declaración de nulidad de las resoluciones 1663 de fecha 31 de octubre de 1994 y oficio 114246 del 15 de diciembre del 2020.

Bajo la posición anterior, la negativa de la entidad quebranta los principios constitucionales de la buena fe, principio de progresividad y no regresividad en materia laboral, confianza legítima y seguridad jurídica entre otros, en contravía de normas superiores y sustantivas tales como son el artículo 2 y 10 de la Ley 4ª de 1992, artículos 13, 29, 42, 48 y 53 de la Constitución política de Colombia.

Con relación al Decreto 612 de 1977, el artículo 68 señala en relación a la disminución del subsidio familiar lo siguiente:

“...Artículo 68. Disminución Subsidio familiar, el subsidio familiar de que tratan los artículos 66 y 131, literal b), desaparece o disminuye por los siguientes hechos:

- a) Desaparece por muerte del cónyuge, si no hubiere hijos legítimos;*
- b) Disminuye por razón de los hijos: por muerte; por emancipación; por matrimonio; por profesión religiosa; por independencia económica, por haber llegado a la edad de 21 años salvo las hijas célibes, los hijos inválidos absolutos y los estudiantes hasta la edad de 24 años, cuando se demuestre que dependen económicamente del Oficial o Suboficial.*

Parágrafo. *Las disminuciones del subsidio familiar rigen a partir de la fecha en que se haya producido el hecho que las determine. Los interesados están en la obligación de dar el aviso correspondiente dentro de los noventa (90) días siguientes si no lo hicieron, el Ministerio de Defensa ordenara el descuento de una suma igual al doble de lo que hubieren recibido en exceso.*

De la norma transcrita se tiene que la entidad accionada, no tenía permitido disminuir unilateralmente la partida subsidio familiar dentro de la asignación de retiro del señor Vargas Rúa, a partir del memorial radicado el 7 de febrero de 1994,

⁴ Ver expediente digital “01Demanda” hoja 5-9.

Expediente No.:11001334204720210019900

Demandante: Jaime Vargas Rúa.

Demandado: CREMIL

Asunto: Sentencia.

en el que se aporta declaración de la separación de cuerpos entre la cónyuge y el demandante.

De otro lado el artículo 132 del Decreto 612 de 1977, indica:

“...Artículo 132. Disminución partida subsidio familiar. A partir de la vigencia de este Decreto, la partida de subsidio familiar que se haya incluido o se incluya para la liquidación de asignaciones de retiro o pensiones a que se refiere el literal b) del artículo anterior, aumenta, disminuye o desaparece en las condiciones previstas en este estatuto.

Para tener derecho a la inclusión de la partida de subsidio familiar en la liquidación de asignación de retiro o pensión es requisito indispensable que el interesado compruebe que sostiene su hogar y que sus hijos no comprendidos en las causales de disminución le dependen económicamente para efectos de sostenimiento y educación, de acuerdo con reglamentación que dicte el Gobierno...”

Es así que, de acuerdo con la Resolución 2461 de 1978, el señor Vargas Rúa configuró un derecho adquirido, al estar casado un con un hijo al 15 de agosto de 1978.

Se argumenta que en observancia al artículo 161 de 1990 y artículo 5° del Decreto 4433 de 2004, no habrá lugar a modificación o variación alguna por hechos ocurridos con posterioridad al retiro del actor, siendo necesario dar aplicación al principio de favorabilidad, artículo 53 constitucional, en conexidad con el principio pro operario, como se explica en sentencia emitida en la Corte Constitucional T-345 de 2005.

2.1.2 Demandada.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, presentó contestación en tiempo el día 28 de abril de 2022⁵, exponiendo como argumentos de defensa la inexistencia del fundamento legal para solicitar el derecho reclamado, haciendo un recuento de las diferentes disposiciones que regulan el régimen de carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, como el Decreto 3071 de 1968, Decreto 2337 de 1971, Decreto 612 de 1977, Decreto 089 de 1984, Decreto 095 de 1989 y actualmente se encuentra el capítulo salarial vigente en el Decreto 1211 del 08 de junio de 1990, el Decreto 1790 de 2000, la ley 923 del 2004, el Decreto 4433 del 2004 y el Decreto 991 del 2015, normas estas de carácter especial que priman sobre las generales.

Se explica por la entidad que el reconocimiento de la asignación de retiro se debe realizar de conformidad con las normas que se encuentren vigentes a la fecha del retiro, teniendo en cuenta la aprobación de la hoja de servicios expedida por el

⁵ Ver expediente digital “11ContestacionDemanda”

Expediente No.:11001334204720210019900

Demandante: Jaime Vargas Rúa.

Demandado: CREMIL

Asunto: Sentencia.

Ministerio de Defensa, en concordancia con el artículo 234 y 235 de la ley 1211 de 1990.

Ahora bien, de acuerdo al artículo 132 del Decreto 612 de 1977, el subsidio familiar disminuye al constatar que el actor no hacía vida marital de hecho desde hace 14 años. Además, no se debe perder de vista la solicitud elevada el 7 de febrero de 1994, por medio de la cual, el señor Vargas Rúa solicitó le fueran suspendidos todos los servicios a la señora Edelmira Gómez Pacheco en razón a que no hacía vida matrimonial con ella desde hace 14 años, aportando sentencia de separación de cuerpos de fecha 04 de septiembre de 1981, por tanto, la decisión de suspender el subsidio familiar no fue unilateral como se sostiene en la demanda.

Se hace referencia a fallo del 8 de mayo de 2003, emitido por la Consejera Ponente Ana Margarita Olaya Forero, en el que se sostiene que el subsidio familiar no es un derecho inmodificable pues se encuentra sujeto a las circunstancias que lo originaron. Así mismo, el subsidio familiar, debe ajustarse a la normativa legal rectora como se expone en sentencia del Consejo de Estado del 11 de septiembre de 2003.

Se hace énfasis en relación al principio de aplicación de la ley en el tiempo y la retroactividad de la ley, considerando que el principio general dispone que la ley sólo rige hacia el futuro y en consecuencia no podrá tener efectos retroactivos, salvo que el legislador disponga expresamente lo contrario.

Como excepciones de fondo se propone la prescripción cuatrienal del derecho, dada la temporalidad de la prestación reclamada, en armonía con los Decretos 1211 y 1212 de 1990, artículos 174 y 155 y sentencia del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente Dr. William Hernández Gómez, Radicado 2010-00186-00 (1316-10).

Finalmente se concluye que no se configura ninguna de las causales de nulidad contempladas en el artículo 137 del CPACA, solicitando la no condena en costas.

3. TRAMITE PROCESAL

La demanda se presentó ante la Oficina de Apoyo el día 15 de julio de 2021 repartida a esta sede judicial; se admitió por auto calendarado del 8 de marzo de 2022⁶; demanda notificada el 16 de marzo de 2022, por la secretaría del Despacho.

⁶ Ver expediente digital “08AutoAdmite”

Expediente No.:11001334204720210019900

Demandante: Jaime Vargas Rúa.

Demandado: CREMIL

Asunto: Sentencia.

Mediante auto del 13 de septiembre de 2022⁷ se fijó el litigio, prescindió el término probatorio y se corrió traslado para que las partes presentaran sus alegaciones finales, todo lo anterior con fundamento en el numeral 1° del artículo 182A de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021.

3.1. Alegatos de Conclusión:

3.1.1. Parte actora

El apoderado de la parte actora presentó alegatos de conclusión en el término legal el día 28 de septiembre de 2022⁸, reiterando los argumentos planteados en la demanda, asegurando que el artículo 68 del Decreto 612 de 1990, no contempla como causal de desaparición o disminución del subsidio familiar la separación de cuerpos, además el artículo 132 de la misma normativa no señala que el sostenimiento o no de su hogar genere pérdida o disminución de dicha prestación; situación jurídica consolidada desde el 15 de agosto de 1978.

3.1.2. Demandada:

La apoderada de la entidad accionada, presentó en tiempo los alegatos de conclusión, el día 27 de septiembre de 2022, relatando lo expuesto en la contestación de la demanda.

3.1.3. Ministerio Público:

La Representante del Ministerio Público no emitió concepto alguno dentro del presente asunto.

Cumplido el trámite de Ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes

4. CONSIDERACIONES

Por razones de orden metodológico, el Despacho en primer término identificará el problema jurídico, analizará la normatividad aplicable al caso y finalmente resolverá el caso concreto, previo el análisis de las pruebas allegadas y practicadas en el plenario.

4.1. Problema Jurídico.

⁷ Ver expediente digital “14AutoCorreTrasladoAlegatos”

⁸ Ver expediente digital “17AlegatosDemandante”

Expediente No.:11001334204720210019900

Demandante: Jaime Vargas Rúa.

Demandado: CREMIL

Asunto: Sentencia.

Mediante auto de 13 de septiembre de 2022, se estableció la fijación del litigio en los siguientes términos:

“...En virtud de lo anterior, la fijación del litigio consiste en establecer si el señor Jaime Vargas Rúa tiene derecho a que CREMIL reintegre el valor correspondiente al subsidio familiar reconocido dentro de su asignación de retiro, el cual fue disminuido como consecuencia de la sentencia de separación de cuerpos, en cumplimiento de lo prescrito en el artículo 132 de la ley 612 de 1977, ordenándose el pago de los retroactivos pensionales desde el 4 de septiembre de 1981. De esta manera, queda fijado el litigio...”

4.1.1. Decisión del caso

Se debe acceder a las pretensiones de la demanda por cuanto el acto acusado se soporta en norma derogada al momento de emitirlo y por cuanto la asignación de retiro es irrenunciable total o parcialmente, so pena de vulnerar el derecho a la Seguridad Social regulado por el artículo 48 de la Carta y confortante del Bloque de Constitucionalidad.

4.2. Normatividad y Jurisprudencia aplicable al caso

4.2.1. Asignación salarial de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

Inicialmente se debe distinguir entre la asignación salarial y la asignación de retiro.

Según el artículo 73 del Decreto Ley 1211 de 1990, mediante el cual se reforma el Estatuto de Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, expedido con fundamento en las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 66 de 1989, la asignación de dicho personal será determinada por las disposiciones legales vigentes mientras estén en servicio activo. De conformidad con el desarrollo normativo, tal asignación comprende la asignación básica, primas, subsidios y viáticos. Lo anterior gama de derechos comprendería la asignación durante la prestación del servicio activo. Es decir, un criterio salarial derivado del pago del servicio prestado.

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

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

“...Artículo 1º. El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y

Expediente No.:11001334204720210019900

Demandante: Jaime Vargas Rúa.

Demandado: CREMIL

Asunto: Sentencia.

su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.

Parágrafo. Para le reglamentaron, interpretación y, en general, para el cumplimiento de esta ley se tendrá en cuenta la presente definición del subsidio familiar...". (Resaltado fuera de texto)

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

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

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

"Así, ha dicho la Corte, el subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar.

"Inicialmente, el subsidio estuvo centrado en el componente monetario que se reconoce al trabajador, en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento. En esa dimensión, ha dicho la Corte, el sistema de subsidio familiar es un mecanismo de redistribución del ingreso.

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

Teniendo en cuenta el caso que nos ocupa, para los miembros de las Fuerzas Militares, el Subsidio Familiar viene siendo regulado por los Decretos 3220 de 1953, 501 de 1955, 0325 de 1959, la ley 126 de 1959 y los decretos 2337 de 1971, 612 de 1977, 089 de 1984 y 095 de 1989, como una forma de subvención, de ayuda o de auxilio generado a favor de los Oficiales y Suboficiales en servicio activo, casados o viudos con hijos, en donde se les asigna, por cada uno de estos miembros familiares, un determinado porcentaje sobre su asignación básica

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

De otra parte, los artículos 78, 79, 80 y 81 del Decreto Ley 1211 de 1990, regulan la inclusión de los subsidios de alimentación y familiar dentro de la asignación salarial, así como la posibilidad de disminuir o extinguir el subsidio familiar, entre otras

Expediente No.:11001334204720210019900

Demandante: Jaime Vargas Rúa.

Demandado: CREMIL

Asunto: Sentencia.

circunstancias por separación judicial de cuerpos, para el caso de la asignación salarial mensual.

Igualmente, los artículos 82 y 83 regulan la posibilidad de descuento del subsidio familiar y la prohibición de pago de doble subsidio familiar; al paso que los artículos 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103 y 104 regulan las diversas primas que se cancelan a favor del personal citado, que comprende primas de actividad, de alimentación, de alojamiento en el exterior, de antigüedad, de bucería, de calor, de Comandos, de especialista, de Estado Mayor, de gastos de representación, de instalación, de navidad, de oficiales del cuerpo administrativo, de oficiales técnicos, de orden público, de salto, de servicio anual, de submarinista, de vacaciones y de vuelo, pagaderas para la totalidad del personal o según el lugar de prestación del servicio, que son ordenadas por el Comando respectivo, Finalmente, los artículos 105, 106, y 107 se ocupan de las dotaciones.

4.2.2. Regulación del Derecho a la seguridad social en general

Inicialmente debe quedar claro que la seguridad social, forman parte del Bloque de Constitucionalidad, estimado como derecho fundamental, para cuyos efectos se cita y acoge jurisprudencia de la Corte Constitucional contenida en sentencia T 069 de 2014⁹, con ponencia de la doctora MARIA VICTORIA CALLE CORREA, en los siguientes términos:

“(…) 24. El derecho fundamental a la seguridad social se encuentra previsto en el texto de la Constitución. Al respecto, el artículo 48 de la Carta Política establece: “se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social”. Esta disposición también establece que la seguridad social es un “servicio público de carácter obligatorio”, el cual está sujeto a “los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”.

“25. De conformidad con el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

“26. Diferentes tratados internacionales ratificados por Colombia consagran el derecho humano a la seguridad social. Igualmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos^[11] y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre^[12] consagran este derecho. Estos antecedentes serían recogidos con posterioridad en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC)^[13] de 1966, y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales, también conocido como el “Protocolo de San Salvador”^[14].

“(…) 28. En este sentido, la Corte Constitucional ha interpretado el derecho a la seguridad social de conformidad con lo dispuesto en la Observación General 19, del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité DESC), en el que se señaló el contenido y alcance del derecho a la seguridad social consagrado en el PIDESC^[19]. De conformidad con esta Observación General el derecho a la seguridad social “incluye cobertura social existente, ya sea del sector público o del privado el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la, así como del derecho a la igualdad en el disfrute de una protección suficiente contra los riesgos e imprevistos sociales”^[20].

⁹ Ver <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-069-14.htm>

Expediente No.:11001334204720210019900

Demandante: Jaime Vargas Rúa.

Demandado: CREMIL

Asunto: Sentencia.

29. Adicionalmente de acuerdo con el Comité DESC el derecho a la seguridad social implica tres obligaciones: (i) respetar, (ii) proteger y (iii) cumplir. La obligación de respeto “exige que los Estados Partes se abstengan de interferir directa o indirectamente en el ejercicio del derecho a la seguridad social”^[21]. La obligación de proteger “exige que los Estados Partes impidan que terceros interfieran en modo alguno en el disfrute del derecho a la seguridad social”^[22]. La obligación de cumplir implica el deber del Estado de facilitar, promover y garantizar el goce y ejercicio del derecho a la seguridad social.^[23]

“32. Como se señaló con anterioridad, la obligación de respetar el derecho a la seguridad social implica, de conformidad con el Comité DESC “abstenerse de toda práctica o actividad que, por ejemplo, deniegue o restrinja el acceso en igualdad de condiciones a una seguridad social adecuada, interfiera arbitraria o injustificadamente en los sistemas de seguridad social consuetudinarios, tradicionales o basados en la autoayuda”^[30]. Como lo ha reconocido desde su jurisprudencia inicial este Tribunal, la seguridad social también tiene una faceta prestacional. Así, por ejemplo la obligación de proteger, según el Comité DESC, implica por ejemplo: “la de adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y eficaces [...] para impedir que terceros denieguen el acceso en condiciones de igualdad a los planes de seguridad social administrados por ellos o por otros”.^[31] (...)”

4.2.3. Asignación de retiro forma parte de la seguridad social:

La Corte Constitucional también ha definido a la pensión como un salario diferido del trabajador, que forma parte integrante del concepto de seguridad social.

A través de la sentencia C 107 de 2002 reiterada en pronunciamientos posteriores precisó:

“(...) En la actualidad la pensión de vejez se define como “un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo -20 años -, es decir, que el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años, es debido al trabajador

“(...) En cuanto a su finalidad, nadie pone en duda que la pensión de vejez tiene por objeto “garantizar al trabajador que, una vez transcurrido un cierto lapso de prestación de servicios personales y alcanzado el tope de edad que la ley define, podrá pasar al retiro, sin que ello signifique la pérdida del derecho a unos ingresos regulares que le permitan su digna subsistencia y la de su familia, durante una etapa de la vida en que, cumplido ya el deber social en que consiste el trabajo y disminuida su fuerza laboral, requiere una compensación por sus esfuerzos y la razonable diferencia de trato que amerita la vejez.

“(...) El desgaste físico, psíquico y/o emocional al que se encuentran sometidas las personas que a lo largo de su vida han laborado, encuentra su recompensa en la obtención de la pensión de la vejez, la cual garantiza unas condiciones mínimas de subsistencia. Por lo que, con dicha prestación económica se persigue que aquellas no queden expuesta a un nivel de vida deplorable, ante la disminución indudable de la producción laboral.

Tomando dicha conceptualización en sentencia T 398 de 2013, indicó:

“(...) Por tanto, el derecho a la pensión tiene conexidad directa con el derecho fundamental al trabajo, en virtud de la amplia protección que de acuerdo a los postulados constitucionales y del Estado Social de Derecho se debe brindar al trabajo humano en todas sus formas. Se asegura entonces un descanso “remunerado” y “digno”, fruto del esfuerzo prolongado durante años de trabajo, cuando en la productividad laboral se ha generado una notable disminución.

“Asimismo, el artículo 48 de la Carta Política establece el régimen de seguridad social, dentro del cual se encuentra el reconocimiento del sistema pensional, y en éste la pensión de vejez (...)”.

4.2.4. Irrenunciabilidad, imprescriptibilidad e irredimibilidad del derecho a la pensión:

Expediente No.:11001334204720210019900

Demandante: Jaime Vargas Rúa.

Demandado: CREMIL

Asunto: Sentencia.

Sobre la base de asumir el derecho de asignación de retiro como un concepto análogo al de pensión, dicha prestación tiene una serie de características que la hacen diferente, con la única finalidad de proteger el derecho de la persona que adquiere cumplidas ciertas condiciones la jubilación. Es decir, se genera durante o con ocasión de la prestación de servicios, durante el tiempo que describa la normatividad, en una edad de la persona que la debe determinar el Estado y representa una compensación al ahorro forzoso tanto de patrono como de empleado que debió realizarse para conseguirla.

En tal sentido, la asignación de retiro, no puede ser renunciable ni total ni parcialmente, en cuanto como se ha dicho, corresponde a un derecho adquirido, siempre y cuando se hayan cumplido las condiciones normativas y no existan de por medio mecanismos fraudulentos.

En interesante artículo, CRISTINA LONDOÑO R., se refiere al tema:

“Como parte del componente de irrenunciabilidad de los derechos laborales y que conforma la estructura de protección laboral de la Constitución Política de Colombia tenemos que así el trabajador firme sobre piedra no podrá nunca desistir del reconocimiento y pago de sus derechos laborales.

“(…) los derechos mencionados son sobre los que el trabajador no puede disponer libremente, pues hacen parte del mínimo de reconocimiento, son indiscutibles en tanto se causen en su totalidad o proporcionalmente y sobre ellos se presume su certeza.

“(…) Los derechos ciertos e indiscutibles son aquellos sobre los que no existen condiciones para su consolidación pues es suficiente que se cumpla con los presupuestos legales para que existan, pues son indisolubles de los principales beneficios de la persona que vende su fuerza de trabajo en una relación laboral. De allí que todos los derechos que tengan una relación directa y estrecha con el salario puedan ser considerados por un intérprete y operador jurídico como derechos ciertos e indiscutibles.

“Es pacífica la postura del juez laboral al considerar que “un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad” CSJ SL, 8 jun. 2011, rad. 35157, reiterando lo señalado en la CSJ SL, 14 dic. 2007, rad. 29332.

*“En tal sentido, los derechos que están relacionados con las prestaciones asistenciales y económicas a cargo del Sistema de Seguridad Social Integral, en tanto provienen de una disposición legal para su reconocimiento, pueden adquirir tal condición de derecho cierto e indiscutible. Allí se incluyen **las pensiones** e incluso los auxilios económicos por incapacidad (...).” Subrayas fuera de texto.*

Tales parámetros doctrinarios, tienen respaldo en disposiciones que regulan el tema de conciliación contencioso administrativa, como por ejemplo el artículo 2 parágrafo 2 del Decreto 1716 de 2009, que indica que el conciliador velará porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha referido cuando el derecho laboral reclamado corresponda a salario mensual, no se debe agotar conciliación por

Expediente No.:11001334204720210019900

Demandante: Jaime Vargas Rúa.

Demandado: CREMIL

Asunto: Sentencia.

tratarse de un derecho cierto e indiscutible (sentencia de enero 24 de 2019 proceso No. 11001031500020180426000 M. P. ROCIO ARAUJO OÑATE).

También ha considerado la jurisprudencia del Consejo de Estado el derecho a la pensión como un derecho irrenunciable, entendido como un "(...) mínimo cierto e indiscutible (..)" (sentencia de junio 13 de 2017, M. P. WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, proceso No. 25000234200020130150701).

En cuanto a la imprescriptibilidad del derecho a la pensión, el Consejo de Estado acogiendo doctrina de la Corte Constitucional ha sido reiterativo en plantearla, **diferenciándola del derecho a la reclamación de las mesadas pensionales, e incluso afirmando que el Legislador no puede consagrar la prescripción del derecho al reconocimiento de la pensión como tal, pero si puede establecer un término temporal para la reclamación de las distintas mesadas⁶.**

4.2.5. Subsidio Familiar como partida de asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública.

El Decreto Ley 612 de 1977, expedido con base en facultades extraordinarias señaladas en la Ley 60 de 1976 "Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares", precisó en sus artículos 131 y 132 lo siguiente:

"...CAPITULO II.

PRESTACIONES POR RETIRO.

ARTÍCULO 131. BASES DE LIQUIDACIÓN. <Decreto derogado por el artículo 259 del Decreto 89 de 1984> Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas, así:

a) Cesantía y demás prestaciones unitarias sobre sueldo básico; prima de antigüedad; subsidio familiar; una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente al grado; doceava 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 y prima de Estado Mayor, en las condiciones indicadas en este estatuto:

b) Asignaciones de retiro y pensiones sobre; sueldo básico; prima de antigüedad; subsidio familiar de los Oficiales y Suboficiales casados o viudos con hijos legítimos liquidados conforme a lo dispuesto en le artículo 66 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico; una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente al grado; doceava 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 y prima de Estado Mayor, en las condiciones indicadas en este estatuto:

ARTÍCULO 132. DISMINUCIÓN PARTIDA SUBSIDIO FAMILIAR. <Decreto derogado por el artículo 259 del Decreto 89 de 1984> A partir de la vigencia de este Decreto, la partida de subsidio familiar que se haya incluido o se incluya para la liquidación de asignaciones de retiro o pensiones a que se refiere el literal b) del artículo anterior, aumenta, disminuye o desaparece en las condiciones previstas en este estatuto.

Para tener derecho a la inclusión de la partida de subsidio familiar en la liquidación de asignación de retiro o pensión es requisito indispensable que el interesado compruebe que sostiene su hogar y

Expediente No.:11001334204720210019900

Demandante: Jaime Vargas Rúa.

Demandado: CREMIL

Asunto: Sentencia.

que sus hijos no comprendidos en las causales de disminución le dependen económicamente para efectos de sostenimiento y educación, de acuerdo con reglamentación que dicte el Gobierno...

Es decir, se contempló una posibilidad de disminuir de la asignación de retiro, una parte de la partida de subsidio familiar que podría haber servido como instrumento de cotización para fijar dicha asignación de retiro, al desaparecer las circunstancias que motivaron su inclusión como partida salarial.

Posteriormente, el Presidente de la República expidió el decreto 89 de 1984 y en su artículo 153 determinó que la partida de subsidio familiar que se hubiera incluido o incluyera en las asignaciones de retiro o pensiones aumentaba o disminuía en las condiciones allí previstas.

El artículo 153 del decreto anteriormente mencionado, fue declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de julio 5 de 1990, al considerar que esa norma había sido subrogada por el Decreto 95 de 1989, también declarado inexecutable mediante sentencia de agosto 31 de 1989, por configurarse exceso en el ejercicio de las facultades otorgadas por la ley 5ª de 1988, aclarando la providencia, que revivían las normas que regían al momento de dictarse las declaradas inexecutables, es decir, el Decreto Ley 612 de 1977.

Con posterioridad se expide el parágrafo 3 del artículo 77 del Decreto Ley 1211 de junio 8 de 1990, conforme al cual las entidades pagadoras del Ministerio de Defensa que cubran las primas y subsidios, descontarán las sumas correspondientes a los porcentajes a que haya lugar con destino a la Caja de Vivienda Militar y a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, liquidadas sobre el sueldo básico correspondiente al grado del Oficial o del Suboficial. Los porcentajes destinados a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, como su nombre lo explica, son cotizaciones efectuadas con el fin de favorecer la asignación de retiro del servidor de la Fuerza Pública de que se trate.

En lo referido a la asignación de retiro, el artículo 159 del Decreto Ley 1211 de 1990, señala el cómputo de la prima de actividad y su reconocimiento (artículos 159 y 160).

Por su parte el artículo 161 del Decreto Ley 1211 de 1990, precisa que a partir de la vigencia del decreto, la partida de subsidio familiar que se haya incluido o se incluya para la liquidación de las asignaciones de retiro y pensiones no debe sufrir variación de ninguna especie. Tampoco habrá lugar a la inclusión y modificación de dicha partida por hechos ocurridos con posterioridad al retiro del Oficial o Suboficial. Excepto si se le hubiere asignado un porcentaje diferente al que legalmente le correspondería.

Expediente No.:11001334204720210019900

Demandante: Jaime Vargas Rúa.

Demandado: CREMIL

Asunto: Sentencia.

Textualmente dice la norma:

(...) ARTÍCULO 161. Cómputo partida subsidio familiar. A partir de la vigencia del presente decreto, la partida de subsidio familiar que se haya incluido o se incluya para la liquidación de las asignaciones de retiro y pensiones a que se refiere el Artículo 158 de este estatuto, no sufrir variaciones de ninguna especie. Tampoco habrá lugar a la inclusión y modificación de dicha partida por hechos ocurridos con posterioridad al retiro del Oficial o Suboficial.

“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 o Suboficial se le venía considerando un porcentaje diferente al que legalmente le correspondía.”

De la normativa anterior se concluye, que cuando la partida de subsidio familiar sea incluida para la liquidación de las asignaciones de retiro y pensiones, en el futuro no podrá ser modificada ni aún por hechos ocurridos con posterioridad, por cuanto no se aplica el criterio de apoyo familiar, sino como factor salarial de cotización de la asignación de retiro.

El Consejo de Estado en sentencia de febrero 21 de 2002, Radicación No. 45745 (1646 – 00) con ponencia de ALBERTO ARANGO MANTILLA, precisó que el Decreto 1211 de 1990, derogó el artículo 132 del Decreto Ley 612 de 1977. Tal situación afecta la vigencia de la normatividad aplicable al caso que nos ocupa en el cual se debate la legalidad de la Resolución No. 1663 de fecha 31 de octubre de 1994, justamente por invocar la norma derogada.

4.2.6. Conclusiones

Del enunciado normativo, doctrinario y jurisprudencial señalado tenemos:

- El salario es un derecho cierto e indiscutible. No obstante, dependiendo de su origen, ciertos factores salariales pueden ser objeto de disminución, como ocurre con el subsidio familiar creado en apoyo del núcleo familiar de los miembros de la Fuerza Pública, si se cumplen ciertas condiciones determinadas legalmente.
- Las pensiones y su análoga asignación de retiro, forman parte del Sistema de Seguridad Social que por virtud del artículo 48 de la Carta tiene un carácter irrenunciable para el trabajador y su regulación forma parte del Bloque de Constitucionalidad Colombiano, tema que implica el deber para el Estado de respetar, proteger y cumplir dicho derecho.
- Las pensiones y su análoga asignación de retiro, se causan y se soportan en los aportes que el servidor y el empleador realizan durante la vida laboral de aquel y se definen igualmente desde el punto de vista normativo. Por tanto, tal derecho se debe liquidar con sustento en los

Expediente No.:11001334204720210019900

Demandante: Jaime Vargas Rúa.

Demandado: CREMIL

Asunto: Sentencia.

aportes, independientemente de si persisten o no las condiciones de ejercicio de la actividad laboral.

5. Pruebas relevantes dentro del proceso y solución al caso concreto.

De las pruebas aportadas al expediente se acredita que el señor Jaime Vargas Rúa, fue vinculado como soldado del Ejército Nacional desde el 10 de junio de 1963, que el día 1 de marzo de 1975 el actor fue ascendido como Sargento Viceprimero, retirado del servicio por solicitud propia a partir del 15 de agosto de 1978¹⁰.

Es así que mediante Resolución 2461 de septiembre 1 de 1978, *“Por la cual se ordena el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del señor Sargento Viceprimero ® del Ejército¹¹”*, se resolvió reconocer una asignación de retiro al actor en cuantía del 74% de actividad, con sustento en el artículo 131 del Decreto 612 de 1977 y 232 de 1977, incluyendo las siguientes partidas en aplicación del artículo 131 del Decreto Ley 612 de 1977:

| | |
|---|-------------|
| Sueldo Básico en actividad | - |
| Prima de Actividad..... | 15% |
| Prima de Antigüedad | 21% |
| Subsidio Familiar | 35% |
| Prima de Navidad..... | 1/12 |

Adicionalmente, del acto administrativo referido se desprende un tiempo de servicios de 21 años, 11 meses y 17, estado civil casado con la señora Edelmira Gómez desde el 29 de diciembre de 1973 y padre del señor Elkin Alexis nacido el 13 de julio de 1975, razón por la cual al momento del retiro devengó el subsidio familiar en un 35%, teniendo en cuenta la dependencia económica de su núcleo familiar.

El 7 de febrero de 1994 el señor Vargas Rúa radicó ante el Director de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, sentencia de separación de cuerpos del 22 de septiembre de 1.981, solicitando la suspensión de todos los servicios a que tenga derecho la señora Edelmira Gómez Pacheco¹².

Dando respuesta a la solicitud anterior, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares resolvió disminuir la partida de Subsidio Familiar en un 30 %, es decir al 5%, dentro de la asignación de retiro devengada por el actor, a partir del 4 de septiembre de

¹⁰ Ver expediente digital “11ContestacionDemanda” hoja 27.

¹¹ Ver expediente digital “11ContestacionDemanda” hoja 45-47.

¹² Ver expediente digital “01Demanda” hoja 19-22.

Expediente No.:11001334204720210019900

Demandante: Jaime Vargas Rúa.

Demandado: CREMIL

Asunto: Sentencia.

1981, a través de la Resolución 1663 de 31 de octubre de 1994¹³, en aplicación del artículo 132 del Decreto Ley 612 de 1977, actuación administrativa notificada por edicto desfijado el 29 de noviembre 1994¹⁴.

De otra parte, mediante Resolución 201 del 20 de febrero 1995 se rechazó por extemporáneo el recurso de reposición interpuesto por el señor Vargas Rúa el 27 de enero de 1995, contra la Resolución 1663 de 31 de octubre de 1994¹⁵.

Con posterioridad, se presentó por el actor petición del 11 de diciembre de 2020, a través de apoderado judicial bajo el consecutivo 20598563 ante el Director de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, solicitando restablecer la partida de subsidio familiar en razón a la indebida interpretación de los artículos 68, 131,132 de la ley 612 de 1977¹⁶, petición denegada mediante oficio CREMIL 20598563, radicado de salida 114246 del 15 de diciembre del 2020¹⁷.

6. Caso concreto.

6.1. Desconocimiento de la irrenunciabilidad de la asignación de retiro.

Analizado el material probatorio, el Juzgado advierte que el ahora demandante solicita la suspensión de todos los servicios dispuestos a favor de su cónyuge, como consecuencia de separación de cuerpos existente entre ambos y debidamente declarada, desde septiembre 4 de 1981.

Lo primero que se debe decir, es que el accionante no solicita expresamente la reducción de su asignación de retiro, sino el retiro de todos los servicios que podría brindar la entidad a favor de la cónyuge, razón por la cual CREMIL no ha debido referirse en su decisión a la situación de la asignación de retiro.

Ahora bien, admitiendo en gracia de discusión que se tratare de una petición de reducir la asignación de retiro con sustento en el hecho de la separación de cuerpos o de cualquier otro supuesto fáctico que se pudiese invocar; la petición no es procedente por cuanto se trata de una solicitud de disminuir un derecho irrenunciable, cierto e indiscutible y por tanto irredimible.

Esto es, se está abriendo la posibilidad de afectar el ahorro que a lo largo del tiempo laborado y la llegada a cierta edad exigida en el orden jurídico, alcanzó

¹³ Ver expediente digital "01Demanda" hoja 33-35.

¹⁴ Ver expediente digital "11ContestacionDemanda" hoja 78.

¹⁵ Ver expediente digital "11ContestacionDemanda" 83-89.

¹⁶ Ver expediente digital "11ContestacionDemanda" 102-104.

¹⁷ Ver expediente digital "11ContestacionDemanda"109-110.

Expediente No.:11001334204720210019900

Demandante: Jaime Vargas Rúa.

Demandado: CREMIL

Asunto: Sentencia.

el demandante para los fines del análisis normativo y jurisprudencial efectuado, en especial el contenido en la sentencia de junio 13 de 2017, con ponencia del doctor WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, proceso No. 25000234200020130150701, en el que se afirma la condición de la pensión como irrenunciable y como derecho mínimo e indiscutible, situación que debemos armonizar con la irrenunciabilidad del Derecho a la Seguridad Social que contiene entre otros el derecho a la pensión y su análoga asignación de retiro, para cuyos efectos nos remitimos al análisis ya realizado del artículo 48 constitucional.

6.2. Improcedencia de la reducción del valor de asignación de retiro del accionante.

Reiterando que la respuesta institucional contenida en la Resolución No. 1663 de octubre 31 de 1994, no se relaciona con servicios que eventualmente debe atender la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a favor de la cónyuge del ahora accionante, sino con la liquidación de su derecho a la asignación de retiro, en el sentido de reducir el monto del subsidio familiar de un 35 % a un 5 %, se observa que este acto administrativo fue proferido con posterioridad al 8 de junio de 1990, cuando ya se encontraba vigente el artículo 161 del Decreto Ley 1211 de 1990, que en desarrollo de los principios de respeto, protección y cumplimiento de las normas de seguridad social, consagra **la no modificación hacia el futuro de la partida de subsidio familiar incluida en las asignaciones de retiro y pensiones de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.**

La ignorancia de la vigencia del artículo 161 del Decreto Ley 1211 de 1990, expedido con sustento en las facultades extraordinarias contenidas en la Ley 66 de diciembre 11 de 1989, no puede ser obstáculo para su cumplimiento y en dicho sentido, el acto administrativo que redujo el valor de la asignación de retiro y la comunicación que a 2020, reitera la aplicabilidad del Decreto 612 de 1977, sin considerar que el artículo 161 del Decreto Ley 1211 de 1990, mantiene vigencia, se debe imponer a la entidad la obligación de aplicar en su integridad el sentido y alcance de la norma, declarando la nulidad de los actos acusados, en aras de que la voluntad del Derecho se cumpla y no dejar pendiente de su curiosidad o descuido, la realización de los fines sociales del Estado, que se insiste tienen carácter irrenunciable al tenor del artículo 48 de la Carta Política.

Para tales efectos se deben tener en cuenta los aspectos analizados a propósito del deber de respeto, protección y cumplimiento que le asiste al Estado, por mandato del Bloque de Constitucionalidad.

En consecuencia, tiene entonces derecho el actor a que se le restablezca la partida de subsidio familiar en la asignación de retiro en cuantía del 35% y no de

Expediente No.:11001334204720210019900

Demandante: Jaime Vargas Rúa.

Demandado: CREMIL

Asunto: Sentencia.

continuar en un 5 %, ya que, para el 31 de octubre de 1994, momento en el cual se disminuye la partida del subsidio familiar reconocida mediante Resolución 2461 de 1978, se encontraba vigente el Decreto Ley 1211 de 1990 que, como se dijo, en su artículo 161, dispuso que las asignaciones de retiro **no serían objeto de variación de ninguna especie.**

4.6 Prescripción.

En las condiciones ya anotadas, hemos dicho que era imposible ordenar la extinción del derecho del accionante, por presunto exceso en el pago de la partida de subsidio familiar. En el mismo sentido no se podía dar aplicación a lo anotado en el artículo 68 del Decreto Ley 612 de 1977, en cuanto es improcedente dar aplicación a una norma que se encontraba derogada y con fundamento en ella, ordenar además la devolución doble de lo pagado. Es así, que el beneficiario de la asignación no está en la obligación de soportar medidas extemporáneas adoptadas cuando ya no se podían tomar legalmente¹⁸ y tampoco continuar aplicando una norma derogada.

Se aclara entonces que los efectos de dicha orden, a la presente fecha ya se encuentran afectados parcialmente por el fenómeno prescriptivo teniendo en cuenta el siguiente análisis:

Las normas aplicables en asuntos de prestaciones sociales para el personal de la fuerza pública, han previsto la prescripción de los derechos en el término de cuatro años contados a partir de la fecha en que se hace exigible el mismo, así lo dispuso el legislador en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

En el caso que nos ocupa, la tendencia jurisprudencial ha sido en el sentido de declarar no la prescripción del derecho pensional, toda vez, que se trata de una prestación periódica e imprescriptible, sino de declarar prescritas las mesadas que no se hayan reclamado dentro de los 4 años anteriores al momento en que se quiere hacer efectivo el pago de las mismas.

De esta manera, ha de precisarse que para el caso bajo estudio opera el fenómeno de la prescripción, por cuanto se encuentra probado que al demandante le fue disminuida la partida del subsidio familiar a partir de la Resolución 1663 del 31 de octubre 1994, y si bien presentó recurso de reposición el día 27 de enero de 1995, interrumpió el fenómeno prescriptivo, por cuatro años más, sin que presentara demanda dentro de dicho lapso de tiempo.

¹⁸ Ver Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda - Subsección A Consejero ponente: ALBERTO ARANGO MANTILLA Bogotá, D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil dos (2002) Radicación número: 45745(1646-00) Actor: BENJAMÍN BUSTILLO BERRIO.- Demandado: CREMIL.

Expediente No.:11001334204720210019900

Demandante: Jaime Vargas Rúa.

Demandado: CREMIL

Asunto: Sentencia.

Superado el término anterior, el día 11 de diciembre de 2020 el demandante solicitó a la entidad accionada, restablecer la partida de subsidio familiar que le venían descontando de su asignación de retiro, presentando la demanda dentro de los cuatro años siguientes, es decir, el 15 de julio de 2021; por lo tanto, sobre todas las mesadas y situaciones anteriores al **11 de diciembre de 2016** ha operado el fenómeno prescriptivo.

5. Costas.

La Instancia no condenará en costas teniendo en cuenta que el artículo 188 del C.P.A.C.A., que no exige la condena en sí misma, sino el pronunciamiento por parte del operador judicial, en razón a lo anterior, este Despacho advierte que no encontró respecto a la parte vencida conducta reprochable, por tanto, no se hace necesaria la sanción.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado 47 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad accionada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No. 1663 de fecha 31 de octubre de 1994 y del oficio 114246 del 15 de diciembre del 2020, según lo anotado en líneas anteriores.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL**, a:

a) Reajustar la asignación de retiro reconocida mediante resolución No. 2461 de 1978, al señor Sargento Viceprimero (R) JAIME VARGAS RÚA identificado con CC No. 5.576.513 teniendo en cuenta como partida del subsidio familiar lo devengado en actividad en el porcentaje del 35% reconocido a la fecha de retiro, en los términos del artículo 66 del Decreto Ley 612 de 1977.

b) La entidad accionada pagará al demandante la diferencia entre la nueva liquidación y las sumas pagadas por asignación de retiro, a partir del **11 de**

Expediente No.:11001334204720210019900

Demandante: Jaime Vargas Rúa.

Demandado: CREMIL

Asunto: Sentencia.

diciembre de 2016, por prescripción cuatrienal, ajustada en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = \frac{\text{R.H. } \underline{\text{ÍNDICE FINAL}}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante de la correcta liquidación de su asignación de retiro, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

CUARTO: **NEGAR** las demás súplicas de la demanda, por las razones expuestas.

QUINTO: La entidad deberá cumplir la sentencia en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Sin costas en la instancia.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta sentencia, ARCHIVAR el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE¹⁹, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Juez

C.E.P.A._Ah.

19 asesoriasjuridicascajamarca@hotmail.com; libarocajamarcacastro@hotmail.com;
notificacionesjudiciales@cremil.gov.co; dgarzon@cremil.gov.co; piligo58430@yahoo.es;
zmladino@procuraduria.gov.co.

Expediente No.:11001334204720210019900

Demandante: Jaime Vargas Rúa.

Demandado: CREMIL

Asunto: Sentencia.

Firmado Por:

Carlos Enrique Palacios Alvarez

Juez Circuito

Juzgado Administrativo

047

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **2b4acd718f208df7ba494383f8706ba0248df46c2601ab265f2a8b4f0685473d**

Documento generado en 13/06/2023 04:23:31 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>