

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META

Villavicencio, octubre cuatro (4) de dos mil dieciocho (2018)

SALA PLENA DE DECISIÓN

REFERENCIA : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: ELIAS ESCOBAR OSORIO

**DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-
CREMIL**

MAGISTRADA: TERESA HERRERA ANDRADE

EXPEDIENTE : 50001-33-33-001-2015-00389-01

De conformidad con el auto del 12 de julio de 2018¹, procede la Sala Plena de Decisión Ordinaria a resolver el recurso de apelación el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Entidad demandada, contra la sentencia del 30 de junio de 2016, proferida por el **JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO**, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** incoado por **ELIAS ESCOBAR OSORIO** contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL..**

I. ANTECEDENTES**HECHOS:**

1.- Informa que ingresó al **EJÉRCITO NACIONAL** en calidad de Soldado Voluntario, es decir, antes del 31 de diciembre de 2000.

2.- Comenta que los salarios, primas, prestaciones sociales y demás remuneraciones laborales, devengadas como Soldado Voluntario fueron canceladas con un monto igual a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60% hasta el mes de octubre de 2003.

3.- Menciona que el 20 de octubre de 2003 el **EJERCITO NACIONAL** mediante orden administrativa 1175 realizó el cambio de denominación de Soldados

¹ FI 100 C-2ª inst.

Voluntarios a Soldados Profesionales, cambio que operaba a partir del 1 de noviembre de 2013 y el que se le aplicó sin que mediara su voluntad.

4.- Indica que para el mes de octubre de 2003 devengaba un salario básico mensual de \$531.200 –salario mínimo incrementado en 60%- y para el mes de noviembre de 2003 con el cambio de categoría a Soldado Profesional recibió un sueldo básico de \$464.800 –salario mínimo incrementado en 40%-.

5.- Manifiesta que a partir del mes de noviembre de 2003 el **EJERCITO NACIONAL** le canceló la asignación básica mensual, prima de antigüedad, prima de servicio anual, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías y subsidio familiar, en un monto de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en 40%.

6.- Anuncia que mediante **Resolución No 1546 del 16 de febrero de 2015**, se le reconoció una asignación de retiro, tomándose desde ese momento como base de liquidación el salario mínimo más el 40% del mismo, afectando, además, dos veces la prima de antigüedad.

7.- Señala que la Entidad accionada reconoció en el acto administrativo de la asignación de retiro, el subsidio familiar en el 30% del valor reconocido en actividad.

8.- Alude que la entidad demandada no incluyó como factor o partida en la asignación de retiro, la duodécima parte de la prima de navidad.

9. Expresa que el 05 de mayo de 2015, radicó derecho de petición ante la Entidad demandada, solicitando que en la liquidación de su asignación de retiro se tome como base de liquidación el salario mínimo incrementado en un 60%, que se re liquidara la asignación de retiro tomando los porcentajes independientemente sin computar dos veces porcentaje a la prima de antigüedad, que se reconociera y se incluyera el subsidio familiar en un 70%, que se incluyera la duodécima parte de la prima de navidad, que se actualizara el derecho pensional y que se expidiera copia electrónica del expediente pensional.

10.- Que mediante oficio OF 34778 el 27 de mayo de 2015, la Entidad negó lo solicitado.

PRETENSIONES:

PRIMERO.- DECLARAR la NULIDAD del acto administrativo Oficio OF 34778 del 27 de mayo de 2015 mediante el cual la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL-** negó i) el incremento o reajuste del 20% en la asignación de retiro ii) la re liquidación de la asignación de retiro sin afectar dos veces la partida de antigüedad iii) la inclusión del subsidio familiar en el 70%, iv) la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro a su poderdante y v) el 4% por cada año que exceda los 20 años de servicio en la asignación de retiro del actor.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la anterior declaración se **CONDENE** a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL**, a título de restablecimiento del derecho, a reajustar y reliquidar la asignación de retiro de su poderdante teniendo en cuenta un 20% adicional, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional.

TERCERO: Que se **CONDENE** a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL**, a reajustar y reliquidar la asignación de retiro de su poderdante con la correcta aplicación del cálculo del valor de las partidas y porcentajes, sin liquidar o tomar dos porcentajes a la prima de antigüedad, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional, conforme al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

CUARTO: Que se **CONDENE** a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, por vía de excepción de inconstitucionalidad, a reconocer el subsidio familiar en un 70% en la asignación de retiro, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional.

QUINTO: Que se **CONDENE** a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL**, por vía de excepción de inconstitucionalidad, a tener en cuenta la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes recibidos a la fecha fiscal de retiro, en asignación de retiro para el demandante, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho hasta la inclusión en la mesada pensional.

SEXTO: Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo, se **CONDENE** a **CREMIL**, por vía de excepción de inconstitucionalidad, a tener en cuenta un 4% por cada año que exceda los 20 años de servicio en la asignación de retiro del actor, desde la fecha en que le fue reconocido el derecho, hasta la inclusión en la mesada pensional.

SEPTIMO: Que se **CONDENE** a **CREMIL**, al reconocimiento y pago, hasta que se haga efectivo en la asignación de retiro, a favor del demandante, el valor sobre las sumas pedidas, los intereses moratorios causados sobre las sumas a deber y la indexación de todos los valores conforme al IPC al momento de la pago liquidadas mes a mes.

OCTAVO.- Que se **CONDENE** a **CREMIL** a cancelar las agencias en derecho, costas procesales y los honorarios del abogado que representa al demandante.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Con auto del 10 de febrero de 2017, se admiten los recursos de apelación y se dispone la notificación personal al Procurador Judicial delegado ante esta Corporación (fl 4 C-2ª inst.).

Por auto del 27 de febrero de 2017, se corre traslado a las partes, para que presentaran alegatos de conclusión (fl.7 del C-2ª inst.), ejerciendo este derecho solo la apoderada del demandante.

Expone que se debe confirmar el fallo de primera instancia en lo que tiene que ver con el incremento del 20% adicional, toda vez que el incremento del 40% efectuado por la entidad desconoció lo contenido en el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, que estableció que para quienes venían devengando un salario mínimo legal mensual vigente + 60%, no habría ningún perjuicio, y en esa medida la asignación de retiro quedó afectada, ya que fue liquidada con fundamento en un salario mínimo legal mensual vigente + 40%, desconociéndose la norma anterior y transgrediéndose postulados constitucionales y el precedente judicial, citando para el efecto la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 de la Sección 2ª del **H. CONSEJO DE ESTADO**, con Ponencia de la Dra. **SANDRA LISSET IBARRA VELEZ**, así como otras sentencias de esa alta Corporación que decidieron de manera favorable dicha pretensión.

Dice que también debe ser confirmado el fallo de 1ª instancia, en cuanto a la liquidación de la prima de antigüedad, pues la Entidad accionada la afectó en dos ocasiones, al tomar un 38.5% y posteriormente un 70%, conculcando derechos de rango constitucional, como es el mínimo vital, contenido en el artículo 53 de la Constitución, para lo cual cita sentencias del Máximo Tribunal de esta jurisdicción.

En relación a la inclusión del subsidio familiar en un 70%, dice que un

reconocimiento del 30% rompe con preceptos constitucionales y legales, porque si se compara con los Oficiales y Suboficiales a estos se les reguló en un monto del 70% del subsidio familiar para efectos de reconocimiento de la asignación de retiro. Que los criterios fijados en la Ley 923 de 2004, como la igualdad, equidad, universalidad, en concordancia con el artículo 13 de la Constitución, se transgreden con un reconocimiento del 30%, por lo que el fallo de 1ª instancia que accedió a incluir el subsidio familiar en un 70%, guarda perfecta coherencia con postulados constitucionales y legales.

Comenta que el Decreto 1161 de 2014 permitió que se computara en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales el 70% del subsidio familiar devengado en actividad. Que se expidió el Decreto 1162 de 2014 el cual reguló el subsidio familiar para quienes lo devengaban conforme al Decreto 1794 de 2004 y Decreto 3770 de 2009, fijando el monto o porcentaje a tener en cuenta para efectos de liquidar la asignación de retiro en el 30%, como es el caso del actor, no existiendo razón constitucional para que con el citado Decreto 1162, regulara un monto inferior al 70% del subsidio familiar devengado en actividad para liquidar la asignación de retiro, de tal forma, que esta norma se torna inconstitucional, al violar nomas de rango constitucional como es el derecho a la igualdad.

Que es incoherente constitucional y legalmente que se regule el monto del subsidio familiar para efectos de liquidar la asignación de retiro en un 30% y en un 70% para los mismos servidores, siendo viable inaplicar por inconstitucional el Decreto 1162 de 2014, para así ordenar que se tenga en cuenta la partida de subsidio familiar en un monto del 70%. Como sustento de su argumento cita una sentencia del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**.

Respecto a la duodécima parte de la prima de navidad, considera que el A Quo no sustentó de forma coherente las razones para negar dicha pretensión, comentando que es viable la excepción de inconstitucionalidad que permita la inclusión del mencionado factor salarial, pues sí la consagró para los Oficiales y Suboficiales, lo que rompe con el principio de la igualdad, al existir un trato discriminatorio frente a los Soldados, ya que no tiene sustento constitucional la omisión del Legislador al no contemplarla como factor pensional. Cita varias sentencias del **TRIBUNAL DE CUNDINAMARCA** que avalan su tesis (fls. 09 – 55 C-2ª inst.).

Con auto del 12 de julio de 2018, se avocó conocimiento en Sala plena para la resolución del presente medio de control (fl 100 C-2ª inst.).

El **MINISTERIO PÚBLICO** no emitió concepto.

SENTENCIA APELADA

El **JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO** en sentencia del 30 de junio de 2016, proferida en la audiencia inicial, decidió acceder parcialmente a las súplicas de la demanda.

Comenta que la tesis del Despacho es que debe inaplicarse por inconstitucional e ilegal el parágrafo el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por cuanto impide tener como partida computable en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales el subsidio familiar, señalando que existe varios pronunciamientos del **H. CONSEJO DE ESTADO** y de la **H. CORTE CONSTITUCIONAL** que tal situación vulnera el derecho a la igualdad, por cuanto el susodicho artículo 13 si permite a los Oficiales y Suboficiales en sus asignaciones de retiro se les incluya el subsidio familiar que devengaron en servicio activo, resultando ese trato discriminatorio, pues se trata de servidores públicos que cumplen la misma función de proteger la soberanía del Estado Colombiano, y adicional a ello, la razón de ser del subsidio familiar que es beneficiar a los que menos ganan.

Que respecto a la fórmula contemplada en el artículo 16 del mencionado Decreto, la Entidad la calcula de forma errónea, al afectar doblemente la prima de antigüedad, por tal razón se ha ordenado que el 38.5% de la prima de antigüedad se calcule directamente sobre la asignación básica y al resultado obtenido se le sume al 70% del cálculo inicial, para así obtener el monto total y definitivo de la asignación de retiro.

Con relación al salario, dice que es procedente la diferencia del 20%, siguiendo los derroteros de la jurisprudencia del Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, que ha señalado que en el tema salarial de los Soldados hay un régimen de transición para aquellos que eran voluntarios y pasan a ser Profesionales, se les debe respetar las condiciones laborales que tenían con anterioridad, esto es, a seguir gozando de un salario incrementado en un 60%. Que a partir del año 2003 el **MINISTERIO DE DEFENSA** decidió disminuirle el salario a todos los Soldados Voluntarios con el argumento de que con el Decreto que los profesionalizó se les aumentó otras partidas que inicialmente no tenían, por lo que, el supremo Tribunal de la jurisdicción contenciosa administrativa ha considerado que en estos casos se viola el principio de

progresividad, en la medida que son derechos laborales irrenunciables lo que venían devengando con anterioridad, y la misma norma previó ese régimen de transición en materia salarial, para que pudieran seguir disfrutando de esta asignación básica.

Expresa que **CREMIL** al no haber tenido en cuenta la norma que estipula que la asignación básica corresponde a 1 salario mínimo incrementado en un 60%, es procedente declarar la nulidad del acto acusado, para que se reajuste la pensión con el salario en los términos antes indicados.

Frente a la duodécima parte de la prima de navidad, comenta que el artículo 13.2 del citado Decreto 4433, no la contempla como una partida computable para los Soldados Profesionales, como tampoco se demostró que el accionante en servicio activo la haya percibido, esto por cuanto revisado la respectiva hoja de servicios y los haberes que están acreditados en el CD que obra a folio 31, no se observa que la mencionada prima hubiese sido devengada.

Dice que los cargos que formula la parte actora no son suficientes para establecer en qué forma se viola el derecho a la igualdad, pues los mismos argumentos que se hacen para decidir que el subsidio familiar si se incluyan, no resultan igualmente equiparables o extensibles al de la prima de navidad, porque tienen fines distintos.

Señala que la Ley 923 de 2004, establece que solo se tiene en cuenta las partidas sobre las cuales se hayan hecho los correspondientes aportes, por lo que es obligación del actor probar que en servicio activo devengó la prima de navidad, situación que no aparece probada en el expediente.

Respecto al incremento del 4% de la asignación de retiro por cada año de servicio adicional a los primeros 20 años, luego de hacer una lectura al artículo 15 del referenciado Decreto 4433, comentó que el referido aumento solo fue contemplado para Oficiales y Suboficiales de la **FUERZA PÚBLICA**, más no para los Soldados Profesionales, toda vez que, estos están siendo retirados de la Institución apenas cumplan los 20 años de servicio, no obstante, si se cumplió más de este tiempo, debe estar debidamente demostrado, para proceder hacerse el estudio del derecho a la igualdad, lo que no se evidencia en el asunto en cuestión, porque no se cumplió más de los 20 años de servicio, pues en total se prestó 20 años y 11 meses.

No declara prescripción de mesada alguna, toda vez que la petición de reliquidación de la asignación de retiro se efectuó ante la Administración dentro del término de los 3 años a la exigibilidad de la obligación.

No condena en costas a la Entidad accionada, en atención a la regla prevista en el numeral 5° del artículo 365 del **CODIGO GENERAL DEL PROCESO**, por cuanto no se accedió a la totalidad de las pretensiones (CD Audiencia inicial, fl 66 C-1ª inst.).

RECURSOS DE APELACIÓN

PARTE DEMANDADA

El apoderado de la Entidad expone que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 relativo a la asignación de retiro para Soldados Profesionales estipula de manera expresa la forma de reconocer la asignación de retiro sin contemplar la posibilidad de incluir factores adicionales. Después de traer a colación el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que establece las partidas computables para el personal de las **FUERZAS MILITARES**, manifiesta que no contempla el subsidio familiar como partida computable, razón suficiente para no desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados.

Trae a colación sentencias del **H. CONSEJO DE ESTADO** y del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA** que exponen la improcedibilidad de admitir factores salariales diferentes a los reconocidos legalmente en la normatividad que regula la asignación de retiro, por lo que asevera que la entidad no ha omitido preceptos ni le ha dado un alcance diferente a la norma.

Afirma que no se presenta una vulneración al derecho a la igualdad, por cuanto esta se predica entre iguales y fue el Legislador quien estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, a través del Decreto 4433, el cual se encuentra vigente y no ha sido objeto de demandas de legalidad, por lo que cualquier objeción debe presentarse en contra de la norma.

Resaltó que para los Soldados Profesionales se tiene en cuenta el salario mensual del inciso 1° del artículo 1° del Decreto Ley 1794 de 2000, el cual estipula solamente del 40%, no obstante, el actor insiste en que se aplique el inciso 2°, que habla de un porcentaje diferente, debiéndose hacer una interpretación integral de la normatividad, ya que indudablemente con la expedición del Decreto 1794, se mejoraron las condiciones

salariales y prestacionales de los Soldados Profesionales, por lo que no pueda indicarse como lo dice el accionante, que existe una disminución salarial del 20%

Manifiesta que **CREMIL** aplica las disposiciones especiales vigentes a partir de la expedición de la hoja de servicios, en donde consta toda la información relacionada con el tiempo de servicio y el salario devengado para fines prestacionales, documento que se constituye en la pieza idónea para el reconocimiento de la asignación de retiro por parte de la Entidad en los términos de los artículos 234 y 235 del Decreto Ley 1211 de 1990, luego, en caso de que el demandante presentara inconformidad frente al incremento conforme al parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, debió así manifestarlo a la correspondiente Fuerza y no a la accionada, que está sujeta para el reconocimiento de las asignaciones a la aplicación de la normatividad vigente y a lo señalado en la hoja de servicios.

En cuanto a la liquidación de la asignación de retiro, luego de transcribir el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, dice que la norma es suficientemente clara que el Soldado Profesional tiene derecho a que se le pague la asignación mensual de retiro, así:

Salario básico= SMLMV (100%) + (incremento en un 40%)=140%

Prima de Antigüedad= 38.5%

Asignación de retiro:

70%=(sueldo básico + 38.5% de Prima de Antigüedad).

Expresa que siguiendo la uniformidad y secuencia de la norma, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% de salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, poniendo de presente una sentencia del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA** que avaló la manera en como viene liquidando las asignaciones de retiro la accionada. (fls 67– 72C-1ª inst.).

PARTE DEMANDANTE

La apoderada del accionante indicó que la prima de navidad fue cancelada periódicamente a su poderdante conforme al Decreto 1794 de 2000, pero que al momento de reconocérsele y liquidarse la asignación de retiro no fue tomada en cuenta, a diferencia

de lo que sucede con los Oficiales y Suboficiales, que por disposición del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 si cuentan con tal prestación en la asignación de retiro, concluyendo que se están vulnerando principios constitucionales como el derecho a la igualdad, en razón de una omisión legislativa que no tiene sustento constitucional.

Señala que para efectos de liquidación de pensiones o asignaciones de retiro de las **FUERZAS MILITARES** se debe tener en cuenta todas las partidas que percibía el funcionario, en este caso la duodécima parte de la prima de navidad, fundamentada en el artículo 48 de la Constitución Política que consagra que para liquidación de pensiones solo se tendrá en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiese efectuado cotizaciones, también citó una sentencia de la **H. CORTE CONSTITUCIONAL** que expone que la prima técnica también debía contar como factor salarial con relación a la cotización y liquidación de pensión de jubilación, pese a no estar taxativamente estipulada por la Ley.

Comenta que es viable la excepción de inconstitucionalidad del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 a la luz de la observancia de normas de rango constitucional como el preámbulo, artículos 1, 2, 4, 13, 48, 53 y 93 en concordancia con convenios internacionales. Cita sentencias de Juzgados Administrativos que han ordenado incluir en la asignación de retiro de Soldados Profesionales la duodécima parte de la prima de navidad (fls 73– 79 C-1ª inst.).

II. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

El **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL META**, es competente para conocer este asunto en 2ª instancia, de conformidad con el artículo 153 del C.P.A.C.A., teniendo en cuenta que se trata de una sentencia proferida en 1ª instancia por el **JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO** y corresponde a esta Corporación su conocimiento como superior funcional.

DE LA COMPETENCIA DEL JUEZ EN 2ª INSTANCIA

Atendiendo al reproche efectuado en los recursos de alzada, es importante hacer precisión, que solo se estudiarán y analizarán los argumentos esgrimidos en los mismos, teniendo en cuenta que según lo estipulado en el artículo 320 del Código General del Proceso, el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, **únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante**, para que el superior revoque o confirme la decisión, es decir, que el fallador en segunda Instancia, solo puede decidir sobre lo discutido en el recurso de alzada, porque tal como lo preceptúa el artículo 328 de la norma ibídem *“ El Juez deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley”*, de tal forma, que le está vedada la posibilidad de remitirse a puntos que no fueron planteados por el recurrente.

Lo anterior, para precisar que este Juez Colegiado no examinará aspectos de la sentencia que no fueron objeto del recurso, en el entendido, que lo no controvertido expresamente, se ha de entender que la parte apelante estuvo de acuerdo con el pronunciamiento del Juez de 1ª instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Se contrae en determinar i) si le asiste derecho al actor a que la asignación de retiro sea liquidada con el salario mínimo incrementado en un 60%, tal como lo establece el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, por haber estado vinculado como Soldado Voluntario a 31 de diciembre de 2000, ii) si la Entidad demandada aplicó de manera correcta la fórmula establecida en el artículo 16, del Decreto 4433 de 2004, iii) si le asiste derecho al actor a que sea incluida como partida computable en su asignación de retiro, el subsidio familiar en el mismo porcentaje que percibía en actividad y iv) si corresponde incluir la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro del demandante, quien laboró como Soldado Profesional.

Para el desarrollo de los problemas jurídicos, se abordará cada uno de los temas enunciados, y con la finalidad de unificar criterios, se desarrollará un acápite de la competencia de **CREMIL**, para responder por el reajuste salarial con el incremento del 60%.

DEL SALARIO MÍNIMO APLICABLE A LOS SOLDADOS VOLUNTARIOS INCORPORADOS COMO PROFESIONALES.

La Ley 131 de 1985 instituyó en su artículo 2° el servicio militar voluntario para aquellos Soldados que, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, hubieren manifestado el deseo de continuar en la institución de manera voluntaria y reunieran los requisitos para ser aceptados.

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

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

Luego, el **GOBIERNO NACIONAL** en desarrollo de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 578 de 2000, expidió en ese año el Decreto 1793, mediante el cual estableció el régimen de carrera y estatuto personal de los Soldados Profesionales de las **FUERZAS MILITARES**, incorporando en su artículo 5° a quienes venían como voluntarios, así:

"ARTÍCULO 5. SELECCION. Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior, se someterán a un proceso de selección previa realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza."

En la selección a que se refiere el presente artículo, tendrán prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior."

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

Del anterior texto normativo, se desprende que los Soldados Voluntarios que a más tardar al 31 de diciembre de 2000, hubieren expresado su intención de incorporarse como Soldados Profesionales y sea aprobada su aceptación, quedarían bajo el nuevo régimen contenido en el prenombrado Decreto. Esta misma norma dispuso en su artículo 38 que el **GOBIERNO NACIONAL** fijaría el régimen salarial y prestacional del Soldado Profesional, con base en la Ley 4ª de 1992, sin desmejorar los derechos

adquiridos, lo cual cumplió con la expedición del Decreto 1794 de 2000, el cual en su artículo 1º estableció:

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

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

Se observa del artículo transcrito, que se dio un tratamiento distinto a quienes ingresaran por primera vez al **EJERCITO NACIONAL** como Soldados Profesionales, a partir del 1º de enero de 2001, y a los que estaban vinculados como Soldados Voluntarios antes del 31 de diciembre de 2000 y que fueron incorporados en calidad de profesionales, a estos últimos se les permitió continuar devengando un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

No se desconoce, que el nuevo régimen salarial de los Soldados Profesionales es más benéfico, pues los voluntarios tenían únicamente derecho al salario mínimo incrementado en un 60%, las bonificaciones por navidad, al ser dados de baja y la prima de antigüedad así como las incapacidades, invalideces e indemnizaciones², mientras que el Decreto 1794 de 2000 reconoció nuevos emolumentos como la prima de servicios anual, de vacaciones, cesantías y subsidio familiar, entre otras, sin embargo, esto no es óbice para que quienes pasaron de voluntarios a profesionales tengan derecho a percibir un salario mínimo incrementado en 60%, pues este derecho surge de la simple lectura del art. 1 inciso 2º *ibídem* que solo condiciona su aplicación a la existencia de vinculación anterior bajo Ley 131 de 1985, es decir como Soldado Voluntario.

El **H. CONSEJO DE ESTADO**, en sentencia de unificación de la Sección 2ª, proferida el 25 de agosto de 2016, radicado No 850001-33-33-002-2013-00060-01 (3420-15) CE- SUJ2-003-16, C.P. **SANDRA LISSET IBARRA VELEZ**, después de hacer un recuento normativo sobre el régimen prestacional y salarial de los Soldados Profesionales que se vincularon a partir del 1º de enero de 2001 y los que estaban vinculados como Soldados Voluntarios antes del 31 de diciembre de 2000 y que pasaron a denominarse Soldados Profesionales con la expedición del Decreto 1793 de 2000, dictaminó que fue el mismo Decreto 1794 de 2000, reglamentario del primero, que dispuso conservar para estos últimos, en respeto de los derechos adquiridos, el monto del salario que estaban percibiendo cuando eran Soldados Voluntarios en vigencia de la Ley 131 de

² Art. 3 Decreto 370 de 1991 reglamentario de la Ley 131 de 1985

1985, esto es, una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, sin que importe el hecho que con la nueva normatividad entraran a percibir beneficios adicionales, en otras palabras, se estableció una especie de régimen de transición en materia salarial. Textualmente dijo:

(...)

En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000,³ en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985,⁴ cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una *“bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%”*.

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985,⁵ es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.

En armonía con lo expuesto, para la Sala no es de recibo la interpretación que sobre el particular realiza la parte demandada, según la cual, los referidos Soldados profesionales, antes voluntarios, no tienen derecho a percibir un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, dado que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, se les aplica íntegramente el régimen propio de estos últimos.

Ello por cuanto, la interpretación adecuada del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁶ derivada de la literalidad de dicha norma y de la aplicación del principio constitucional de respeto a los derechos adquiridos estipulado en la Ley 4ª de 1992⁷ y el Decreto Ley 1793 de 2000,⁸ consiste en que los soldados voluntarios que luego fueron incorporados como profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial equivalente a un salario mínimo legal aumentado en un 60%, en

³ Ib.

⁴ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

⁵ Ib.

⁶ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

⁷ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política.

⁸ Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

virtud de los argumentos anteriormente expuestos.

Refuerza la Sala esta conclusión al tener en cuenta que luego de la revisión integral de los Decretos 1793⁹ y 1794¹⁰ de 2000, en ninguno de sus apartes se encuentra disposición alguna que establezca que los soldados voluntarios que posteriormente fueron enlistados como profesionales, vayan a percibir como salario mensual el mismo monto que devengan los soldados profesionales que se vinculan por vez primera, es decir, un salario mínimo aumentado en un 40%.

En ese sentido, tampoco es válido el argumento del Ministerio de Defensa atinente a que en el caso de los soldados voluntarios hoy profesionales, no hay lugar a reajustar su salario en un 20%, pues, dicho porcentaje se entiende redistribuido al reconocerles otro tipo de prestaciones sociales que con anterioridad no percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985.¹¹

Entiende la Sala sobre el particular, que el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,¹² les respeta a los soldaos voluntarios hoy profesionales, el hecho que perteneciendo a la misma institución pasen a ganar la misma asignación salarial que tenían en vigencia de la Ley 131 de 1985,¹³ esto es, una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60%, situación que deber ser vista desde la órbita de la garantía de conservar los derechos adquiridos; y cosa distinta es que luego de su conversión a soldados profesionales, empiecen a disfrutar de varias prestaciones sociales que antes no devengaban. Todo lo anterior, en aras de compensar a los soldados voluntarios que, desde la creación de su régimen con la Ley 131 de 1985,¹⁴ sólo percibían las bonificaciones mensuales, de navidad y de retiro.

La Sala reitera entonces, que lo hasta aquí expuesto permite concluir, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000¹⁵ alude a que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.
(...)

Concluye la Sala entonces, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000¹⁶ es que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir un salario básico mensual equivalente a un mínimo legal vigente incrementado en un 60%. En ese orden de ideas, los soldados

⁹ Ib.

¹⁰ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

¹¹ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

¹² Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

¹³ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

¹⁴ Ib.

¹⁵ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

¹⁶ Ib.

profesionales que a 31 de diciembre de 2000, se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985,¹⁷ y a quienes se les ha venido cancelando un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%, tienen derecho a un reajuste salarial equivalente al 20%.

Definido lo anterior, se precisa también la situación salarial de los soldados profesionales que se vincularon por primera vez luego de la creación de dicho régimen con el Decreto Ley 1793 de 2000,¹⁸ a quienes el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,¹⁹ les determinó que devengarían un salario mensual equivalente al mínimo legal vigente incrementado en un 40%. (Se resalta).

En este orden de ideas, los Soldados Profesionales que antes del 31 de diciembre de 2000, se desempeñaban como Soldados Voluntarios, tienen derecho en los términos del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Ley 1794 de 2000, a percibir un salario básico mensual equivalente a un mínimo legal vigente incrementado en un 60%, conclusión que se deriva de la literalidad de la norma en mención y de la aplicación del principio de respeto a los derechos adquiridos, porcentaje que se debe tener en cuenta al momento de liquidar la asignación de retiro.

DE LA COMPETENCIA DE CREMIL PARA ATENDER LAS RECLAMACIONES RELACIONADAS CON EL REAJUSTE SALARIAL CON EL INCREMENTO DEL 60%.

La Sala Plena de esta Corporación considera que **CREMIL** sí es competente para reajustar la partida sueldo básico que incluyó en la asignación de retiro del accionante, por las siguientes razones:

El artículo 3º de la Ley 923 de 2004 reza que **CREMIL** es la Entidad responsable de la administración de aportes, reconocimiento y pago de asignaciones de retiro y de sustituciones, así como de la inversión, manejo y control de los recursos correspondientes, es decir, es la responsable de la remuneración de los miembros retirados de las **FUERZAS MILITARES**, como es el caso del actor.

¹⁷ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

¹⁸ Por el cual se adopta el Régimen de Carrera y el Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares.

¹⁹ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

Se está demandando un acto administrativo expedido por **CREMIL**, en el cual resolvió de fondo la solicitud del reajuste salarial del 20%, elevada por el actor, donde de manera autónoma aplicó la norma que consideraba era la adaptable al caso y con fundamento en ella denegó el reajuste pretendido. En ningún momento advirtió incompetencia alguna, para que así le hubiese informado al demandante la Entidad a la que debía dirigir tal petición, o en su defecto haberla remitido por competencia a la Entidad que según ella era la competente para resolver de fondo la solicitud del reajuste salarial, lo que indica que **CREMIL** si tiene la facultad para revisar la normatividad pertinente y con base en esta, establecer cuáles son las partidas computables de la asignación de retiro de los miembros de las **FUERZAS MILITARES** y en qué cuantía se debe reconocer.

Lo anterior se evidencia, **CREMIL.**, con el fin de efectuar su liquidación, autónomamente acudió a la normatividad que regula el monto de la asignación básica mensual del uniformado, procediendo a expedir la **Resolución No 3528 del 04 de mayo de 2015**, por medio de la cual se reconoció la asignación de retiro al demandante, sin requerir de la hoja de servicios expedida por el **MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL**, por lo tanto, no resulte cierta la afirmación de que **CREMIL.**, se encuentra atada a lo señalado en la hoja de servicios.

No resulta razonable exigirle al actor, que debía demandar al **MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL**, previo agotamiento del procedimiento administrativo, por cuanto él no pretende el reajuste del salario y de las prestaciones sociales que devengó en actividad, sino el reajuste de la partida computable salario básico reconocida por **CREMIL.**, en su asignación de retiro, luego, es ésta la Entidad competente para atender su reclamación; además, como se expresó hace un momento, **CREMIL.**, en sede administrativa nunca manifestó que no tuviera competencia para atender su petición.

En gracia de discusión, de llegar a considerarse, a estas alturas, que la Entidad demandada no está legitimada en la causa por pasiva para responder por el derecho reclamado, sería desconocer abiertamente derechos constitucionales como el de la buena fe y confianza legítima, pues fue precisamente ella quien generó al actor la convicción que tenía todas las facultades legales para definir el derecho pretendido, y sorprender al pensionado en sede judicial con el argumento de que **CREMIL.**, no es quien tiene la facultad para atender su reclamación, convierte en nugatorio su derecho sustancial, cuando fue precisamente el ordenamiento jurídico el que determinó cuál es el salario mínimo a que tienen derecho los Soldados Voluntarios que se encontraban en

esa condición, a 31 de diciembre de 2000 (salario mínimo incrementado en un 60%, artículo 1º inciso 2º Decreto Ley 1794 de 2000), en atención precisamente al régimen de transición salarial que el **GOBIERNO NACIONAL** consagró a favor de estos Soldados, por lo tanto, el hecho de que el **EJERCITO** no hubiese cumplido con cancelar debidamente el salario al demandante, no impide que **CREMIL.**, como Entidad competente, para reconocer y pagar su asignación de retiro, pueda liquidar dicha prestación con la asignación básica establecida en el ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, la liquidación de la asignación de retiro que hace **CREMIL.**, no depende en lo absoluto de pronunciamiento alguno por parte del **MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO**, pues es la propia normatividad, que establece los parámetros que debe seguir **CREMIL.**, para determinar el monto a reconocer por la partida computable sueldo básico de los Soldados Voluntarios, incorporados luego, como Soldados Profesionales.

Es el Decreto 4433 de 2004, artículo 13, numeral 13.2.1, en aplicación conjunta con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Ley 1794 de 2000, dispone los parámetros que debe seguir **CREMIL.**, para liquidar la asignación básica de los Soldados Profesionales que venían laborando como Voluntarios a 31 de diciembre de 2000, independientemente de cómo el **MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO** venía cancelándola, por ende, **CREMIL.**, si puede reliquidar la asignación de retiro en virtud de la aplicación directa del inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, como quiera que no puede desconocer el régimen de transición salarial del cual son beneficiarios este tipo de Soldados.

No es de recibo el argumento de **CREMIL.**, de que no tenía la competencia para modificar la asignación básica mensual que el actor devengaba cuando se encontraba en servicio activo, esto es, el salario mínimo incrementado en un 40%, con base en que éste fue el consignado en la hoja de servicios. Lo anterior, porque para reconocer y determinar el monto del sueldo básico en la asignación de retiro, no es necesario realizar ninguna modificación al devengado en actividad; simplemente se debía aplicar, de manera directa, el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Ley 1794 de 2000; máxime que cualquier discusión que hubiese sobre el salario a que tienen derecho los Soldados Profesionales que venían como Soldados Voluntarios a 31 de diciembre de 2000, quedó zanjada con la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, citada en el acápite precedente.

Por las razones expuestas, se concluye que la Entidad demandada **CREMIL**, si tiene competencia para computar en la asignación de retiro del demandante, el sueldo básico estipulado en el artículo 1º, inciso 2º, del Decreto 1794 de 2000, así el **MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL** no haya pagado o reconocido el derecho salarial contemplado en dicha norma en su debido momento, toda vez que los Soldados Voluntarios incorporados como Soldados Profesionales, gozan de un régimen de transición en materia salarial, que les permitía conservar el monto del sueldo básico que les había sido determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985, es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%; por lo que al tratarse de un **derecho adquirido** no esté supeditada su efectividad a la voluntad de la Entidad nominadora y, por tal razón, no pueda ser desconocido por la Autoridad encargada del reconocimiento y pago de la asignación vitalicia.

Es tan clara la redacción de inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, que el actor no tenía siquiera que haber acudido a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, ya que el monto del sueldo básico al que tiene derecho se encuentra debidamente reconocido en la aludida norma, la cual es de obligatorio cumplimiento para todas las Entidades Estatales.

Se reitera, que a estas alturas llegar a considerarse que el actor previamente tenía que solicitar el reajuste del salario básico al **EJÉRCITO**, sería desconocer los principios de eficacia, economía y celeridad y buen funcionamiento de la Administración de justicia, siendo que este derecho debe ser materializado y garantizado por la Entidad encargada de reconocer la asignación de retiro, sin que se requiera trámite administrativo adicional.

Como lo ha indicado este Tribunal Administrativo en decisiones anteriores²⁰ *"El error de la administración en la interpretación de las normas no puede generar una limitante para que el actor, así haya obviado, por cualquiera causa, buscar el reajuste salarial oportuno, ahora una vez retirado del servicio, reclame buscando ante CREMIL y la jurisdicción que se ajuste si asignación de retiro a los parámetros legales, porque, así como no se puede sacar provecho de la propia culpa, tampoco se puede usar la culpa de la administración para negar un derecho"*.

²⁰ Sentencia del 22 de febrero de 2018, radicado No 50001333100120140025801, MP HECTOR ENRIQUE REY MORENO.

Si bien es cierto, el máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en sede de tutela, en asuntos similares al estudiado, ha considerado ajustada la tesis de que existe falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de **CREMIL**²¹, también lo es, que por no provenir del Juez natural de la causa, no tienen fuerza vinculante en la decisión que hoy se toma, ya que tales decisiones no se han proferido en su calidad de Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y en esa medida, al ser fallos de tutela solo generan efectos inter partes.

Por el contrario, con posterioridad a estos fallos se pronunció la Sección 2ª, Subsección A, en sentencia del 19 de abril de 2018, radicado No 18001233300020130021801 (3337-14), C.P. **RAFAEL FRANCISCO SUAREZ VARGAS**, donde explicó que pese a que la reclamación del reajuste salarial no la hubiere elevado el uniformado mientras estuvo en servicio activo, ello no impide que se ordene a **CREMIL** a que reconozca el salario mínimo en los términos del inciso 2º del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, puesto que fue el mismo Decreto 4433 de 2004, artículo 13, numeral 13.2.1, el que de manera directa remite a lo dispuesto al artículo 1º del mencionado Decreto 1794, para el cálculo de la asignación básica, sin consideración a la asignación mensual que el Soldado recibía en actividad, por consiguiente, para quienes estaban vinculados a 31 de diciembre de 2000, como Soldados Voluntarios, **CREMIL** debe computar en la asignación de retiro el salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en el 60%. Textualmente expresó:

(...)

Sin embargo, con las pruebas que obran en el expediente se observa que tal reclamación no se efectuó durante el curso de la relación laboral, sino que tan solo fue efectuada al momento en que se produjo el retiro, para ser incluida dentro del cálculo de su pensión; lo anterior quiere decir que el derecho se extinguió respecto del reajuste de la asignación de actividad, ante la extemporaneidad de la petición.

En todo caso, lo anterior no impide que la Sala se pronuncie en relación con el reconocimiento adecuado y legal de la asignación de retiro, pues con base en lo dispuesto en el Decreto 4433 de 2004, artículo 13, numeral 13.2.1, dentro de las partidas computables que han de tenerse en cuenta para reconocer las asignaciones de retiro a los soldados profesionales está el salario mensual en los términos del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000. Sobre este punto, la Sala considera importante precisar que para el reconocimiento de la asignación de retiro la norma en cita remite en forma expresa a lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, es decir, esa

²¹ Sentencia del 23 de mayo de 2016, Sección 2ª, Subsección B, radicado No 11001031500020160098900, C.P. **WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ (E)** y sentencia del 1 de agosto de 2016, Sección 4ª, C.P. **HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS**, que confirma la anterior, entre otras.

remisión se hace sin consideración a la asignación mensual que el soldado recibió en actividad; en consecuencia, procede su aplicación directa, de la siguiente manera:

El Decreto 1794 de 2000, en su artículo 1, prevé que la asignación mensual de quienes a 31 de diciembre del año 2000 se encontraban prestando el servicio como soldados voluntarios de acuerdo a la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, situación en la que está inmerso el demandante, pues de acuerdo a la hoja de servicios que reposa a folio 63, su vinculación en el Ejército como soldado se produjo desde el 13 de marzo de 1987, es decir, está dado el supuesto de la norma para que su asignación sea reconocida con base en el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, se repite, en virtud de la aplicación directa de la previsión del artículo 13, numeral 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con el artículo 1 del Decreto Ley 1794 de 2000.

Vale la pena aclarar que pese a que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, en su numeral 13.2.1 al remitirse al salario mensual en los términos del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, solo se refiere a lo dispuesto en el inciso primero de esta última norma, para la Sala es claro que lo allí dispuesto no excluye de la aplicación del inciso segundo, comoquiera que en tal disposición se realiza una discriminación respecto de los soldados vinculados antes y después del año 2000, a quienes se les debe dar un tratamiento diferente garantizando el derecho adquirido de quienes ingresaron como soldados con anterioridad a esa fecha.

En tales condiciones, la Sala concluye que el salario que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares debe tener en cuenta para reconocer y liquidar la asignación de retiro del demandante, es el determinado en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, en particular, lo dispuesto en el numeral 13.2.1 y remitirse a lo señalado en el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, y, bajo ese supuesto, aplicar el salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en el 60%, pues el actor fue vinculado al Ejército antes del año 2000.

(...)

Con fundamento en lo anterior, se revocará lo decidido por el *a quo*, en el sentido de no acceder a liquidar la asignación de retiro con base en la asignación salarial determinada en el artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 y, en su lugar, se ordenará a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares tomar la base indicada en tal disposición, para liquidar la asignación de retiro. (Subraya fuera de texto).

Así las cosas, y con el fin de unificar criterios en torno al asunto, concluye la Sala que **CREMIL.**, si tiene la facultad de efectuar el reajuste salarial del 20% en la asignación de retiro, en aplicación directa del inciso 2º del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, aun en el evento que el **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL** no haya pagado la asignación básica mensual en los términos señalados en esa disposición normativa.

DEL MONTO DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA SOLDADOS PROFESIONALES.

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, estableció cómo se debe liquidar la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, así:

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.

Para la Sala la anterior disposición normativa no impone un mayor análisis, para entender que, para efectos de determinar el monto de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, se parte del **70% del salario básico** y no del 100% del mismo, y al resultado obtenido se le **adiciona un 38.5%** de la **PRIMA DE ANTIGÜEDAD** que se calcula sobre la totalidad del sueldo básico²², para así establecer el monto de la mencionada prestación, siendo ese el sentido literal de la norma, la que en ningún momento ordena que al 38.5% de la **PRIMA DE ANTIGÜEDAD** se le sume el 100% del salario, para luego sacar el **70%**, pues esto conllevaría a agravar la situación del pensionado, ya que terminaría afectando doblemente el porcentaje previsto para la **PRIMA DE ANTIGÜEDAD**.

Así lo explicó el **H. CONSEJO DE ESTADO**, en sede de tutela, en la sentencia del 11 de diciembre de 2014, Sección 1ª, C.P. **MARIA ELIZABETH GARCÍA GONZALEZ**, radicado No 2014-02292-01, donde dejó sin efectos, una sentencia del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA**, entre otras razones, por haber incurrido en un defecto sustantivo por la indebida aplicación de la referenciada disposición normativa²³:

Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación “,” que precede al verbo “adicionado”.

²² CE: Sentencia del 19 de abril de 2018, Sección 2ª, Subsección A, radicado No 18001233300020130021801 (3337-14), C.P. **RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**.

²³ Posición que ha sido reiterada en las sentencias del 29 de enero de 2015, Sección 2ª, Subsección A, C.P. **GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN**, radicado No 11001-03-15-000-2015-00801-00 y la del 24 de junio de junio de 2015, Sección 2ª, Subsección B, C.P. **SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**, radicado No 11001-03-15-000-2015-01256-00.

En tal sentido, la Sala advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo “contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”, como se precisó en la Jurisprudencia transcrita, sino que, como lo observó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho fundamental al mínimo vital, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis del mismo.

Interpretación que fue acogida por la Sección 2ª de ese Alto Tribunal, Subsección A, como se lee de la sentencia del 10 de mayo de 2018, radicado No 19001233300020140012801 (1936-16), C.P. **WILLIAM HERNANDEZ GÓMEZ**, donde expresó:

(...)

Segundo problema jurídico

¿En la liquidación y reconocimiento de la asignación de retiro del demandante se aplicó en forma correcta el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, con respecto a la prima de antigüedad?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: la entidad aplicó de manera equivocada la fórmula matemática del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, tal como pasa a explicarse.

Prima de antigüedad en el reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 señaló la asignación de retiro de la cual gozaría el personal de soldados profesionales del Ejército Nacional, así:

(...)

Como se observa, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 incluyó como partida computable de la asignación de retiro para el personal de las Fuerzas Militares entre otras, la prima de antigüedad, la cual conforme el artículo 2 del Decreto 1794 de 2000 señaló que para los soldados profesionales del Ejército Nacional se cancelaría de la siguiente manera:

<< [...] 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%) [...] >>

Respecto de la forma en que debe interpretarse el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esta Corporación²⁴ señaló:

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia 29 de abril de 2015, Consejero Ponente Gustavo Gómez Aranguren, radicación 11001-03-15-000-2015-00801-00

<< [...] Conforme el Tribunal, para establecer la cuantía de la asignación de retiro, "debe primero sumarse el salario mensual indicado en el numeral 13.2.1., con la partida denominada prima de antigüedad (38.5%), para luego aplicar sobre el valor resultante, el porcentaje de liquidación que corresponde al 70%", y que en ese orden de ideas encontraba bien la liquidación hecha por la Caja de Retiro de las Fuerza Militares.

Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación que precede al verbo "adicionado".

En tal sentido, esta Colegiatura advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo es una interpretación contraevidente, en los términos que lo ha considerado la Corte Constitucional, sino que, como lo indicó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis y lógico entendimiento del mismo.

Es más, el entendimiento que hace la autoridad judicial cuestionada, está en contravía de decisiones que en casos iguales han asumido diversas subsecciones de la Sección Segunda del mismo Tribunal, y del Consejo de Estado (ver pie de página No.6), y de reciente decisión de tutela del 11 de diciembre de 2014, proferida por la Sección Primera de esta Corporación. [...]>>

En ese orden de ideas, el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, para efectos de liquidar la asignación de retiro de la cual resultan ser beneficiarios los soldados profesionales retirados del servicio, **no supone confusión alguna**, en la medida en que se señala que debe tenerse en cuenta el setenta por ciento (70%) del salario mensual (salario mínimo legal mensual, incrementado en un 60%), adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad, porcentaje éste último que, en todo caso, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.

Empero, debe aclararse que, la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula teniendo en consideración la asignación salarial mensual básica que devengara el soldado profesional en el momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, de allí que, el 38.5% que debe incluirse en ella, se obtiene aplicando la regla descrita y no partiendo del valor de la prima que certifique la entidad como devengada por el beneficiario de la prestación, en el año de causación del derecho, pues de hacerlo así, se estaría otorgando un menor valor por este concepto.

(...)

En esa medida, al comparar el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, con la forma como la entidad demandada efectuó la liquidación de la asignación de retiro del demandante, observa la Subsección una indebida aplicación de las normas que gobiernan las asignaciones de retiro del personal de soldados profesionales del Ejército Nacional que se retiran o son retirados del servicio.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que la entidad demandada realiza una doble afectación de la prima de antigüedad al sumar el salario básico con la prima de antigüedad (38.5%) y a este resultado deducirle el 70% para la liquidación. Lo que va en perjuicio de su derecho, sin tener en cuenta que el porcentaje de la prima de antigüedad debe calcularse a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.

En conclusión: En el presente caso es procedente el reajuste de la prima de antigüedad en la asignación de retiro del demandante, porque la forma correcta de

computarla con base en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 es el 70% del salario mensual (salario mínimo legal mensual, incrementado en un 60%), adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. (Se resalta).

De conformidad con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, se concluye que la asignación de retiro de los Soldados Profesionales debe ser liquidada con el 70% del salario mensual, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, está última que se calcula con el 100% del salario del salario mensual y no del valor de la prima que certifique la Entidad como devengada en el año de causación del derecho, pues se otorgaría un menor valor por este concepto.

DEL SUBSIDIO FAMILIAR-

Tenemos que el artículo 1º de la Ley 21 de 1982, lo define como una prestación social, pagadera en dinero, especie o en servicios a los trabajadores de **medianos y menores ingresos**. Textualmente dice la norma en comentario:

Es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.

De la anterior disposición normativa y tal como lo ha indicado el **H. CONSEJO DE ESTADO**, se tiene que, se trata de una prestación social en favor de las personas con bajos ingresos, cuya finalidad es la de ayudar a la cabeza del núcleo familiar al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo²⁵.

En lo que respecta a los Soldados Profesionales de las **FUERZAS MILITARES**, el **GOBIERNO NACIONAL** expidió el Decreto 1794 de 2000, el cual en su artículo 11 consagró el subsidio familiar a favor de los Soldados Profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, equivalente al 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad, es decir, que en actividad puede devengarse hasta en un 62.5%, teniendo en cuenta que la prima de antigüedad puede ser percibida hasta en un 58.5%.

²⁵ Sentencia del 07 de octubre de 2010, sección 2ª, subsección B, C.P. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, radicación No 41001-23-31-000-2003-01069-01 (0354-10).

El artículo 11 del citado Decreto 1794 fue derogado por el artículo 1º del Decreto 3770 de 2009, sin embargo, en el párrafo 1º del mismo, se permitió que los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las **FUERZAS MILITARES**, que a su entrada en vigencia se encontraran percibiendo el subsidio familiar, lo continuaran devengando hasta su retiro del servicio activo.

No obstante, el Decreto 3770 de 2009, fue declarado nulo por el **H. CONSEJO DE ESTADO** en sentencia del 8 de junio de 2017, Sección 2ª, Subsección B, radicado No 11001032500020100006500(0686-10), C.P. **CESAR PALOMINO CORTES**, al considerar que constituía una desmejora en las condiciones prestacionales de los Soldados e Infantes de Marina Profesionales y, por consiguiente, una vulneración al principio de progresividad y al de proscripción de no regresividad y no discriminación, puesto que el **GOBIERNO NACIONAL** no podía venir a eliminar el derecho a que los Soldados Profesionales en servicio activo perciban esa prestación social, ya que la misma busca contribuir al alivio de las necesidades básicas de los sectores más pobres de la población, dentro de los cuales se hallan, los Soldados Profesionales.

Precisamente, 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"* en el artículo 5º, fijó como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro, cuando haya lugar a su inclusión, el subsidio familiar.

Sin embargo, dicha partida no fue tomada en cuenta para el caso de los Soldados Profesionales, como se puede ver de los artículos 13 y 16 de la norma ibídem:

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

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

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

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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

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

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.

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

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

(...) Se resalta).

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. (Negrillas fuera de texto).

De las normas transcritas, se puede inferir, sin dubitación alguna, que el subsidio familiar únicamente fue contemplado, para ser incluido en la liquidación de la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las **FUERZAS MILITARES**, más no en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales.

Por vía jurisprudencial, el **H. CONSEJO DE ESTADO**, desde la sentencia del 17 de octubre de 2013, con Ponencia de la Dra. **BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PAEZ**²⁶, dejó sentado que el trato dado en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, frente a los Soldados Profesionales con relación a los oficiales y suboficiales, atenta contra el derecho a la igualdad, resultando viable inaplicarlo al excluir de un beneficio prestacional

²⁶ Sección 2ª, subsección B, radicado No 11001-03-15-000-2013-01821-00.

a los Soldados Profesionales, que están en el nivel más inferior en jerarquía, grado y salario de la estructura de las **FUERZAS MILITARES**, siendo realmente el sector que lo necesita. Para tal efecto, se traerá a colación in extenso la referida jurisprudencia:

El derecho a la igualdad

Con base en lo dispuesto en el Decreto 4433 de 2004, el Tribunal Administrativo del Tolima negó las pretensiones del accionante, encaminadas a obtener la liquidación de la asignación de retiro, incluyéndole el subsidio familiar del 4% que devengó durante el servicio activo. Sin embargo, el actor considera que tal decisión vulnera su derecho fundamental a la igualdad.

Nuestro ordenamiento Constitucional, cimentado en los postulados del Estado Social de Derecho, establece la garantía de la igualdad, tanto formal como material, en todos los ámbitos de la vida social:

“ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

Esta disposición Constitucional establece el derecho a la igualdad ante la ley (igualdad formal) y, a título enunciativo, contempla unos criterios que pueden generar desigualdades injustificadas (sexo, raza, origen, etc.), e impone al Estado la obligación de proteger a las personas que pueden ser objeto de discriminaciones por razón de su condición económica, física o mental (igualdad material). Así pues, en tratándose de personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta es una obligación del Estado brindar un trato diferencial y positivo, y en consecuencia, el trato desigual no solo es válido sino necesario para realizar los fines de un Estado Social de Derecho.

En ese sentido, la Corte Constitucional ha implementado el uso de “un modelo de análisis que integra el juicio de proporcionalidad y el test de igualdad. Lo que en este modelo se hace, básicamente, es retomar y armonizar los elementos del test o juicio de proporcionalidad europeo con los aportes de la tendencia estadounidense. Así, se emplean las etapas metodológicas del test europeo, que comprende las siguientes fases de análisis: (i) se examina si la medida es o no adecuada, es decir,

si constituye o no un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; (ii) se analiza si el trato diferente es o no necesario o indispensable; y (iii) se realiza un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial.”

Sobre el particular, la Corte Constitucional en la sentencia T-1577 de 2000, advirtió lo siguiente:

“Dos consecuencias se desprenden con claridad de esta enunciación del principio de igualdad: en primer lugar, la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad, pues en todo caso la carga de la prueba pesa sobre quien pretende el establecimiento de un trato diferenciado. En otras palabras, quien establece o pretende establecer un trato discriminatorio, debe justificarlo

En segundo lugar, el núcleo del principio de igualdad queda establecido en términos de la razón suficiente que justifique el trato desigual. El problema queda concentrado, entonces, en la justificación del trato desigual. El análisis de esta justificación ha sido decantado por esta Corte mediante la aplicación de un ‘test de razonabilidad’.”

Recientemente, en relación con la aplicación del test, en la sentencia T-141 de 2013, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva, el Alto Tribunal Constitucional manifestó lo siguiente:

“(…) La aplicación de dicho test ha llevado a la Corte a identificar explícitamente cuáles son los puntos más importantes que estudia para examinar los casos en los que un trato diferente vulnera el principio de igualdad. Sin embargo, “[p]odría la Corte acudir a métodos de análisis constitucional diferentes o, inclusive, no definir ni seguir ningún método. No obstante, en aras de la seguridad jurídica, del respeto al principio democrático, y de trazar derroteros de interpretación constitucional, la Corte ha señalado que el juicio de igualdad tiene una estructura analítica que permite identificar violaciones al principio de igualdad.”

7. De acuerdo con las consideraciones precedentes, es posible afirmar que formalmente todas las personas son iguales ante la ley pero para que esta igualdad sea también material, las autoridades pueden utilizar medidas de acción positivas que benefician a las personas que se encuentren en especiales condiciones de vulnerabilidad y de esta manera, lograr que lleguen al mismo punto de partida del resto de la sociedad.

Adicionalmente, es posible que se admitan algunos tratos desiguales a personas que inicialmente están en condiciones de igualdad, si los mismos

persiguen un fin constitucionalmente válido y no son arbitrarios. Para verificar esto, la Corte suele utilizar un test de proporcionalidad, en el que se estudian algunos temas específicos, tales como la idoneidad de la medida, la validez del objetivo perseguido y la posible afectación a otros derechos fundamentales, de manera que al final puede tenerse certeza sobre la afectación o no del principio de igualdad. (...)."

Con base en lo expuesto, la Sala verificará si la exclusión del subsidio familiar como partida computable para efectos de la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales es una medida constitucionalmente válida y justificada, pues al revisar el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se observa que el "subsidio familiar" es una partida computable para los Oficiales y Suboficiales "(...) en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.", es decir, que si lo previó para otros beneficiarios de la mencionada asignación.

En efecto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece un trato diferenciado, al incluir el subsidio familiar en la liquidación de los Oficiales y Suboficiales; empero, no la incluyó en los Soldados Profesionales, sin que se vislumbre justificación razonable para tal exclusión.

Por el contrario, si se tiene en cuenta que la finalidad del plurimencionado subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo en consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para los Oficiales y Suboficiales que se encuentran un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales.

Así pues, a luz de la Carta Política y los postulados del Estado Social de Derecho, resulta inaceptable que el Decreto 4433 de 2004 haya previsto el subsidio familiar como partida computable para los miembros de las Fuerza Pública que tienen una mejor categoría – los Oficiales y Suboficiales – dejando por fuera a los que devengan un salario inferior y en consecuencia, a quienes más lo necesitan, los Soldados Profesionales.

En esas condiciones, se concluye que si bien es cierto el Tribunal Administrativo del Tolima aplicó en debida forma la norma que regula el régimen de pensiones y asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública; también lo es que, en el sub-lite resulta inaplicable por ser violatoria del principio de igualdad, al excluir de un beneficio prestacional a los Soldados Profesionales, que son el nivel más inferior en jerarquía, grado y salario de la estructura de las Fuerzas Militares, siendo el sector que en realidad lo necesita." (Negritillas fuera del texto original).

Postura que sigue teniendo acogida, como se ve de una sentencia más reciente , esto es, la proferida el 27 de octubre de 2016, Sección 2ª, Subsección A,

radicado No 25000-23-42-000-2013-00143-01 (3663-14), C.P. **GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ**, quien reitera el criterio, que a los Soldados Profesionales en virtud del principio de igualdad les asiste igual derecho de reconocérseles en la asignación de retiro el subsidio familiar, aunque ello signifique la inaplicación del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

Ahora bien, aunque el Decreto 3770 de 2009 se expulsó del ordenamiento jurídico, como se anotó en precedencia, no puede perderse de vista que el **GOBIERNO NACIONAL** en atención a que este había eliminado el derecho a percibir el subsidio familiar para los Soldados Profesionales que no contrajeron nupcias o conformaron una unión marital de hecho en vigencia del artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, expidió el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014, por el cual creó nuevamente esa prestación social a partir del 01 de julio de 2014, a favor de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las **FUERZAS MILITARES en servicio activo que no estén percibiendo dicho subsidio previsto en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009**. En su artículo 5 determinó que a partir de julio de 2014, el subsidio familiar se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de dicha Fuerza, equivalente al 70% del valor que devengue en actividad. Textualmente prescribe el artículo en cita:

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. (Negrilla y subraya fuera de texto).

A su vez tenemos, que por medio del Decreto 1162, expedido en la misma fecha que el anterior, el Ejecutivo consagró en un único artículo, que para el personal de los 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 como partida computable para la liquidar la asignación de retiro, en el equivalente a un 30% de dicho valor. El tenor literal de la norma es el siguiente:

Artículo 1. A partir de julio de 2014, para el personal de Soldados **Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del**

retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan. (Se resalta).

De acuerdo con lo dispuesto en las normas antes enunciadas, advierte esta Corporación que el **GOBIERNO NACIONAL** sin justificación alguna genera un trato discriminatorio respecto de los mismos Soldados Profesionales, teniendo en cuenta que los que perciben el subsidio familiar conforme al Decreto 1161 de 2014, tienen derecho a que en su asignación de retiro se les compute en el 70% del valor que se devengue por ese concepto en servicio activo, mientras que los que perciben dicho subsidio con base en el Decreto 1794 de 2000, solo tienen derecho a que se liquide en un 30% del valor que venían recibiendo en actividad.

En ese sentido, lo dispuesto en el Decreto 1162 de 2014 comporta una flagrante violación del principio de igualdad, al no existir una justificación razonable que avale ese trato diferenciado, por lo tanto sea también viable su inaplicación por inconstitucional al transgredir el artículo 13 de la Constitución política.

Este Tribunal considera que igualmente el artículo 5º del Decreto 1161 de 2014 atenta contra el aludido principio, al dar un trato diferenciado de manera injustificada a los Soldados Profesionales frente a los Oficiales y Suboficiales, porque aunque haya previsto la inclusión del subsidio familiar para los primeros, solo lo consagró en un **70% del valor que se devengue en actividad por tal concepto**, mientras que el Decreto 4433 de 2004 en el ya mencionado artículo 13 dispuso que el subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales se liquidaría en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro, es decir, que se computa en el 100% de lo que se percibía en actividad.

No se vislumbra una justificación razonable el por qué para los Oficiales y Suboficiales que se encuentran un rango salarial más alto que los Soldados profesionales, se les compute en su asignación de retiro el 100% de lo que se recibía por subsidio familiar en actividad y no se haya establecido esa posibilidad para el caso de los Soldados Profesionales que son los que más necesitan de tal prestación, pues recuérdese que esta tiene como fin contribuir al alivio de las necesidades básicas de los

sectores más pobres de la población, dentro de los cuales se hallan precisamente, los Soldados Profesionales.

En efecto, si los Soldados Profesionales están en una escala inferior a Oficiales y Suboficiales y por lo mismo devengan un salario menor respecto de estos últimos, lo lógico, racional, razonable y proporcional es que en su asignación de retiro de se les incluya el subsidio familiar en el mismo porcentaje que devengaban en actividad.

Sumado a lo expuesto, de llegar a aplicarse el mencionado artículo 5º del Decreto 1161 implicaría un retroceso que vulneraría el principio de progresividad y el de proscripción de no regresividad, ya que si se tiene en cuenta los casos en que se ha inaplicado por inconstitucional el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se ha dispuesto que el subsidio familiar se liquide en la asignación de retiro del Soldado Profesional en el mismo porcentaje que se hubiere reconocido al momento de su retiro.

Entonces, este Juez Colegiado considera que hay lugar a inaplicar por inconstitucional el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 al no consentir la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, como también el artículo 5º del Decreto 1161 y el Decreto 1162 de 2014, que si bien lo previeron como partida computable, pero en un porcentaje inferior al determinado en el primero de los nombrados, puesto que debe reconocerse en el mismo porcentaje que venía recibiendo por tal concepto el uniformado en actividad, en atención a los derechos de igualdad material, seguridad social y a los principios de progresividad y proscripción de no regresividad y no discriminación.

PRIMA DE NAVIDAD

Tenemos que el Decreto 1794 de 2000, en su artículo 5 fijó la prima de navidad como un derecho que tienen los Soldados Profesionales en servicio activo, a percibir anualmente un equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual será cancelada en el mes de diciembre. El parágrafo del mencionado artículo contempla una variación en el porcentaje que será cancelado, cuando el Soldado Profesional no hubiere servido el año completo, caso en el que tendrá derecho al pago de la prima de navidad de manera proporcional a razón de una doceava (1/12) parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el último salario básico devengado más la prima de antigüedad.

El Decreto 4433 de 2004 en el artículo 13º, numeral 13.1.8, fijó como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia para el caso de los Oficiales y Suboficiales, la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

Sin embargo, dicha partida no fue tomada en cuenta para el caso de los Soldados Profesionales, como se observa de los artículos 13.2 y 16 de la norma *ibídem*:

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

(...) **13.2 Soldados Profesionales:**

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000.

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

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

(...)

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.

De las normas transcritas, se puede inferir, sin dubitación alguna, que la duodécima parte de la prima de navidad únicamente fue contemplado para ser incluida en la liquidación de la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las **FUERZAS MILITARES**, más no en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, lo que en principio podría indicar que el actuar de la Entidad demandada al negar su inclusión en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales resulta ajustado, máxime cuando el parágrafo del citado artículo 13, preceptúa que no habrá lugar a reconocer otras partidas que no estén específicamente señaladas en dicho artículo.

No obstante, conviene realizar un estudio de la viabilidad constitucional de la distinción que realiza la norma de los Soldados Profesionales con relación a los Oficiales y Suboficiales, en la inclusión como partida computable de la duodécima parte de la prima de navidad, esto, de cara al derecho de igualdad. En relación a este tema, resulta útil el estudio realizado en la ya referida sentencia del 17 de octubre de 2013 del **H. CONSEJO DE ESTADO**, con Ponencia de la Dra. **BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PAEZ**²⁷, que analizó lo correspondiente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro y dejó sentado que el trato dado en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, frente a los Soldados Profesionales con relación a los oficiales y suboficiales, atenta contra el derecho a la igualdad, resultando viable inaplicarlo.

Si bien, esta sentencia hace referencia es al subsidio familiar, esto no obsta para que las previsiones allí contenidas puedan ser aplicadas al caso sub examine, teniendo en cuenta que el análisis efectuado por el Alto Tribunal permite deducir que la procedencia de una diferencia legal en la aplicación de un beneficio debe estar justificada por la consecución de un fin constitucional.

Para la situación que nos ocupa, teniendo en cuenta las anteriores premisas, no existe una razón constitucional que justifique el trato disímil que dio el Ejecutivo en el Decreto 4433 de 2004, a los Soldados Profesionales a quienes no se les incluye la partida computable duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro, mientras que a los Oficiales y Suboficiales sí. Lo anterior, al igual que sucede con el subsidio familiar, la prima de navidad la percibieron en servicio activo tanto los Soldados Profesionales, como los Oficiales y Suboficiales, pero se decidió **sin justificación alguna**, que los Soldados Profesionales no tienen derecho a que en su asignación de retiro le sea incluida, no observando la Sala que se persiga un fin constitucionalmente legítimo para el establecimiento de diferencias en el trato que se ha dado entre unos y otros individuos, pues no se avizora de qué manera se vea compensado esa situación con la consagración de otro beneficio, que no tengan los Oficiales y Suboficiales, para así determinar que el trato diferenciado no resulta discriminatorio.

Este Juez Colegiado considera, que si los Soldados Profesionales perciben en actividad la prima de navidad, al igual que los Oficiales y Suboficiales, resulta acorde con el artículo 13 de la Constitución, que ambos reciban el mismo trato, esto es, que si a los segundos se les permite su inclusión en la liquidación de la asignación de retiro precisamente por haber devengado ese emolumento mientras estuvieron en

²⁷ Sección 2ª, subsección B, radicado No 11001-03-15-000-2013-01821-00.

servicio activo, ese beneficio se consagre también para los primeros, porque aunque estén en materia de jerarquía y funciones en un plano diferente, esta sola circunstancia no resulta válida para otorgar privilegios para unos en detrimentos de otros, porque la realidad demuestra que la susodicha prestación la percibieron por la sola razón de laborar con la Institución, sin que se hubiere concedido atendiendo a la calidad del uniformado, para que de esa forma se pueda predicar una diferencia de trato justificado, aunado a que, son los Soldados Profesionales los que más la necesitan, debido a que son los que tienen el salario más bajo dentro de la estructura de las **FUERZAS MILITARES**, lo que comporta la inconstitucionalidad del párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, al amparar el goce de ese factor salarial en la asignaciones de retiro frente a quienes devengan asignaciones superiores.

Por estos motivos, para esta Magistratura es acertado en estos casos inaplicar por inconstitucional el párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, al vulnerar el derecho a la igualdad, para igualmente ordenar su inclusión de la partida computable prima de navidad en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales.

CASO CONCRETO

Tenemos que al demandante **ELIAS ESCOBAR OSORIO** le fue reconocida por la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL** una asignación de retiro, por medio de la **Resolución No 1546 del 16 de febrero de 2015**, en la que se dispuso que sería liquidada con el 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el establecido en el inciso 1º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, adicionada con un 38.5% de la prima de antigüedad y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014, efectiva a partir del 31 de marzo de 2015 (fls 14, 15 C-1ª inst).

El **05 de mayo de 2015**, mediante apoderado, en una solicitud colectiva, el accionante pidió ante la accionada i) que se reajustará su asignación de retiro, incluyendo el 20% en las partidas computables en la asignación de retiro por haber ostentado la calidad de Soldado Voluntario de acuerdo con el Decreto 1793, 1794 de 2000 y demás concordantes ii) que se re liquide la asignación de retiro sin computar o tomar porcentaje dos veces de la prima de antigüedad o en una cuantía del 70% del salario mensual adicionado en el 38% de prima de antigüedad iii) que se incluya y se reconozca el subsidio familiar en un 70% como partida o factor en la asignación de retiro iv) que se incluya la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes v) que se adicione un 4% por cada año que

exceda a los 20 años de retiro y se actualice el capital, todo esto desde la fecha en que le fue reconocido el derecho de retiro (fls 17 - 28 C-1ª inst).

La demandada dio respuesta a tal petición con el oficio No 2015-34778 del 27 de mayo de 2015, negando lo solicitado con base en lo señalado en los artículos 16 y 13, numeral 13.2.1, del Decreto 4433 de 2004, y el artículo 1 inciso 1 del Decreto 1794 de 2000, deduciendo que la forma de liquidación de la asignación de retiro para los Soldados Profesionales se encuentra expresamente contenida en una norma de orden público y en ella no se tiene contemplado como partida computable la doceava parte de la prima de navidad ni el 4% por cada año que exceda los 20 años de servicio y en lo que respecta al subsidio familiar, este se le reconoció de acuerdo a lo establecido en el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014 (fl 29 C-1ª inst).

El actor ingresó al **EJERCITO NACIONAL** a prestar el servicio militar el **14 de enero de 1994**, en condición de Soldado Regular, hasta el **30 de junio de 1995**, posteriormente, el **17 de julio de 1995**, pasó a desempeñarse como Soldado Voluntario, calidad que ostentó hasta el **31 de octubre de 2003**, pues a partir del **01 de noviembre de ese mismo año** empezó a laborar como Soldado Profesional, condición que mantuvo hasta el **31 de diciembre de 2014**, fecha en la que fue retirado definitivamente del servicio. Así mismo se observa que en la última nómina del mes de diciembre de 2014, devengó sueldo básico, subsidio familiar, prima antigüedad Soldado Profesional, seguro de vida subsidiado y bonificación orden público soldado pf (CD fl 31 C-1ª inst).

A folio 16 del cuaderno de 1ª instancia, obra proyección de la asignación de retiro de la asignación de retiro del demandante donde se avizora que la Entidad accionada toma el 100% del salario básico con el 38.5% de la prima de antigüedad y a este resultado le deduce el 70% para la liquidación.

Entonces, conforme al acervo probatorio antes enunciado, es un hecho probado que la situación del demandante quedó cobijada por el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, pues estaba vinculado con el **EJERCITO NACIONAL** como Soldado Voluntario, en virtud de la Ley 131 de 1985, con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, siendo posteriormente incorporado como Soldado Profesional, por lo que durante el servicio activo tuvo derecho a percibir un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, porque como se dijo en la marco teórico de esta providencia, el **GOBIERNO NACIONAL** con el Decreto 1794 de 2000, garantizó expresamente la protección de los derechos adquiridos de quienes resultaran incorporados como Soldados Profesionales.

Por lo tanto, **CREMIL** debe reajustar la asignación de retiro del demandante, tomando el salario mínimo legal mensual vigente incrementando en un 60%, que es el consagrado en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, norma a la que debió acudir directamente en atención a lo determinado en el artículo 13, numeral 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, que para el cómputo de la partida salario mensual, remite de forma directa a lo señalado en el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, que aunque haya dispuesto que este corresponde al del inciso 1º del último artículo mencionado (salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%), debe entenderse que para el caso del actor, es el contemplado en el inciso 2º, puesto que este se estableció para los Soldados Profesionales que a 31 de diciembre de 2000, venían desempeñándose como Soldados Voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, en respeto de los derechos adquiridos.

Por tal razón, **CREMIL** no debe observar la asignación básica que el actor devengó en servicio activo, porque como ya se explicó, es el mismo ordenamiento jurídico el que determinó cuál es el salario mensual a que tienen derecho los Soldados Profesionales que a 31 de diciembre de 2000, se desempeñaban como Soldados Voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, esto es, el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en el 60%, luego, no se tenga que hacer corrección alguna a la hoja de servicios y mucho menos acudir ante la Entidad nominadora para que realice el reajuste respectivo, cuando se trata de un miembro retirado de la Institución y que no busca ningún reconocimiento de diferencias de los haberes que percibió en actividad, por tanto, sea la Entidad de Previsión Social la competente para realizar el reajuste salarial pretendido.

En consecuencia, estuvo ajustada la decisión del Juez A Quo de ordenar a la demandada a reliquidar la asignación de retiro del demandante, teniendo como ingreso base de liquidación un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60%, por lo que deba reconocer y pagar el reajuste del 20% de la asignación mensual que se tuvo en cuenta para liquidar la asignación de retiro, puesto que la había reconocido incrementada en un 40%.

También se constata que la demandada no aplicó en debida manera la fórmula de liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, al realizar una doble afectación de la prima de antigüedad, ya que suma el salario básico (smlmv + 60%) con la prima de antigüedad (38.5%) y a este resultado deducirle el 70% para la liquidación.

Como se explicó en el marco teórico de esta sentencia, el susodicho artículo es muy claro en señalar que para determinar el monto de esta prestación social, se parte del **70% del salario** al que se le adiciona el **38.5%** de la **PRIMA DE ANTIGÜEDAD**, esta última que se calcula con la totalidad del sueldo básico, fórmula que no tuvo en cuenta la Entidad demandada, por lo antes comentado.

Por consiguiente, se confirmará por este aspecto la sentencia de 1ª instancia, advirtiéndose que la liquidación se hará siempre y cuando no sea inferior a la ya reconocida.

De otra parte, en aras de garantizar el derecho a la igualdad, resulta acertado inaplicar por inconstitucional el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y el artículo 5º del Decreto 1161 y el Decreto 1162 de 2014, por cuanto se debe dar el mismo tratamiento a los Soldados Profesionales que a los Oficiales y Suboficiales, en lo referente a que se tenga como partida computable para la liquidación de sus asignaciones de retiro, el **SUBSIDIO FAMILIAR**, el cual debe computarse en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro, y no el 70% o 30% de dicho valor, como lo dictaminaron los referenciados Decretos 1161 y 1162.

Sea este el momento oportuno para hacer la siguiente precisión:

El actor en la demanda solicitó se incluyera el subsidio familiar en el 70%, argumentando en el concepto de violación que la regulación del subsidio familiar en un monto del 30% para los Soldados que devengaban esta partida conforme al Decreto 1794 de 2000 y el Decreto 3770 de 2009, rompe el principio de igualdad, toda vez que el Decreto 4433 de 2004, reguló un porcentaje para los Oficiales y Suboficiales, en un monto del 70%, lo mismo ocurrió con la expedición del Decreto 1161 de 2014, donde para los mismos Soldados se reguló el subsidio familiar en el 70%, lo que vulnera derechos y principios de rango constitucional, por lo que solicita por vía de excepción de inconstitucionalidad inaplicar el Decreto 1162 de 2014 y se ordene el reconocimiento del subsidio familiar en el 70%.

El fallador de 1ª instancia dispuso inaplicar por inconstitucional el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, ordenando la inclusión del subsidio familiar en el porcentaje que se hubiera reconocido para la fecha de retiro, pues así lo consagra el prenombrado artículo.

La decisión de 1ª instancia al ordenar incluir el subsidio familiar en los términos del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, comporta en un comienzo una vulneración

al principio de congruencia al ser una sentencia ultra petita, al haber otorgado el subsidio familiar en el 100% y no en el 70% como se pidió en la demanda, sin embargo, pese a lo señalado, en eventos excepcionales, el Juez puede abstenerse de observar el aludido principio, cuando advierte la vulneración de un derecho fundamental, como sucede en el caso objeto de estudio, por lo tanto, se confirmará en este punto la sentencia apelada, pero añadiéndose las razones que a continuación se expresan.

La jurisdicción contenciosa administrativa es de carácter rogado y más cuando el asunto versa sobre el control de legalidad de la actividad de la Administración, puesto que el demandante tiene la carga de desvirtuar la legalidad del acto administrativo, quien tiene el deber de invocar las normas desconocidas y el concepto de violación (artículo 162 numeral 4 C.P.A.C.A), marco que limita al Juez, quien se debe pronunciar respecto de lo solicitado por las partes, en ello se traduce el principio de congruencia (artículo 187 del C.P.A.C.A en concordancia con el 281 del **CODIGO GENERAL DEL PROCESO**).

El principio de congruencia de la sentencia se presenta de dos formas, como la armonía que debe existir entre la parte motiva y la resolutive del fallo (congruencia interna), y como conformidad entre la decisión y lo pedido por las partes en la demanda y en la contestación (congruencia externa)²⁸.

Este principio propende por la protección del derecho de las partes a obtener una decisión judicial certera sobre el asunto puesto a consideración del juez, al igual que la salvaguarda del debido proceso y del derecho de defensa del demandado, cuya actuación procesal se dirige a controvertir los argumentos y hechos expuestos en la demanda²⁹.

Dentro de este principio, se encuentra los conceptos de fallo ultra y extrapetita, entendiéndose como aquellas decisiones que van más allá de lo pedido, ya sea porque se otorgan cosas adicionales a las solicitadas (sentencia ultrapetita), o porque se reconoce algo que no se solicitó (sentencia extrapetita)³⁰.

El aludido principio es de vital importancia, como quiera que establece el límite que tiene el Juez a la hora de emitir su sentencia, que no es otro que lo contenido en las pretensiones de la demanda y su concepto de violación, límite que se desborda cuando

²⁸ CE: sentencia del 16 de septiembre de 2010, Sección 4ª, radicado No 13001233100019999000401(16605), C.P. **CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ**.

²⁹ CE: sentencia del 16 de septiembre de 2010, Sección 4ª, radicado No 13001233100019999000401(16605), C.P. **CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ**.

³⁰ CE: sentencia del 16 de septiembre de 2010, Sección 4ª, radicado No 13001233100019999000401(16605), C.P. **CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ**.

el fallo contiene decisiones que van más allá de lo pedido, como cuando se condena a más de lo pretendido, sin embargo, en casos excepcionales, ante la amenaza de un bien mayor se justifica la inaplicación del principio de congruencia, cuando por ejemplo el Juez administrativo advierte la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata debe proceder a su protección de forma oficiosa e **inaplicar la norma jurídica que resulta incompatible con la Constitución**, como lo consideró la **H. CORTE CONSTITUCIONAL** en la sentencia C-197 de 1999, al declarar la exequibilidad condicionada del numeral 4º del artículo 137 del anterior C.C.A.

En atención a lo dictaminado en la sentencia de constitucionalidad traída a colación, el **H. CONSEJO DE ESTADO** en un caso donde se solicitaba la pensión de sobreviviente establecida en el Decreto 1359 de 1993 y bajo el cual el causante no cumplió los requisitos exigidos por dicha norma para pensionarse, decidió conceder la pensión de sobreviviente consagrada en la Ley 100 de 1993, al haber cumplido la exigencia prevista en su artículo 46, pese a esto no haberse solicitado en la demanda, en aras de garantizar los derechos fundamentales de la actora, tales como el de la seguridad social, entre otros, señalando que en esta situación era viable aplicar las consideraciones plasmadas en la citada sentencia C-197, así tal Ley no hubiese hecho parte de las normas violadas ni del concepto de violación esgrimido en la demanda, decidiendo desatender el principio de la justicia rogada, porque era deber del Juez decidir por fuera de lo pedido, a fin de garantizar sus derechos sustanciales. Para el efecto, se transcribe textualmente lo que dijo en la sentencia del 17 de mayo de 2012, Sección 2ª, Subsección A, radicado No 25000232500020049226001 (0207-07), C.P. **LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**:

(...)

Es cierto que en la demanda no se solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes establecida en la Ley 100 de 1993 que por esta vía se ordena, pero mal haría la Sala en asumir una actitud impróvida para denegar tal prestación, cuando con tan riguroso formalismo se estarían desconociendo derechos fundamentales de la demandante, tales como el de la seguridad social, la vida en condiciones dignas y la salud, entre otros.

Por ello son aplicables válidamente en este caso, las consideraciones plasmadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-197 del 7 de abril de 1999, que declaró exequible el numeral 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, que indican que cuando el fallador advierte que la administración ha violentado un derecho fundamental debe entrar a reconocerlo, en desarrollo del mandato contenido en el artículo 228 de la Carta, así no hubiese hecho parte de las normas violadas ni del concepto de la violación esgrimido en la demanda.

Por esta misma razón, no se aplicará en este caso el principio de la justicia rogada que ha caracterizado por años a esta jurisdicción, por el contrario, es deber del juez decidir por fuera de lo pedido, con el fin de garantizarle a la demandante sus derechos sustanciales, los cuales deben prevalecer cuando los hechos expuestos en el libelo así lo determinen, de acuerdo con el viejo aforismo latino "Da mihi Factum, rabo tibi ius" (Dame los hechos y yo te daré el derecho). (Negrilla fuera de texto).

En el sub judice, la Sala observa que el subsidio familiar en el porcentaje estatuido en el artículo 5º del Decreto 1161 de 2014 para los Soldados Profesionales, a pesar de que sea más benéfico que el consagrado en el Decreto 1162 del mismo año, el cual solicita el actor se tenga en cuenta, vulnera ostensiblemente el derecho a la igualdad de los Soldados Profesionales en relación con los Oficiales y Suboficiales, porque a aquellos solo se les liquida el subsidio familiar en el 70% del valor que devengaban en actividad, mientras que a estos últimos se les incluye el 100% de lo percibido por tal concepto en servicio activo.

No resulta válida tal distinción, habida consideración que el subsidio familiar se creó con el fin de solventar las cargas económicas del trabajador beneficiario, correspondiente a los sectores más pobres de la población, con el objetivo fundamental de proteger de manera integral a la familia como núcleo básico de la sociedad, siendo los Soldados Profesionales los que poseen un mayor derecho a percibirlo en el porcentaje que tenían reconocido para el momento del retiro del servicio, toda vez que son los que tienen la más baja remuneración dentro de la Institución.

En esas condiciones, resulta desproporcionado y en consecuencia inconstitucional, que se haya previsto la inclusión de la totalidad de lo que recibido en actividad por concepto de subsidio familiar en la asignación de retiro de los Suboficiales y Oficiales y no para los Soldados Profesionales, cuando es el sector que más necesita dicho ingreso.

Además, existe línea jurisprudencial decantada en inaplicar por inconstitucional el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, para conceder dicho emolumento en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales en las mismas condiciones que los Oficiales y Sub oficiales, es decir, en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro, en aplicación del principio de igualdad.

Por ende, a pesar que en la demanda no se haya solicitado la inaplicación por inconstitucionalidad del parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, sino del Decreto 1162 de 2014, y se haya pedido la inclusión del subsidio familiar en el 70% de conformidad con el Decreto 1162 de 2014, este Juez Colegiado considera que en el sub judice dicha partida se debe liquidar conforme al aludido artículo 13, tal como lo concedió el Juez de 1ª instancia, en aplicación de los principios de igualdad, progresividad y no regresividad de los derechos laborales.

Por lo tanto, al demandante le asiste el derecho a que se le reajuste su asignación de retiro, incluyendo la partida del **SUBSIDIO FAMILIAR** en el porcentaje que se hubiere reconocido al momento de su retiro, con su respectiva indexación.

Sin embargo, el Juez A Quo se equivoca al manifestar que dicha partida no se había reconocido, cuando en la **Resolución No 1546 del 16 de febrero de 2015**, mediante la cual se le otorgó la asignación de retiro al demandante sí la incluyó, pero en un porcentaje de tan solo el 30% de lo devengado en actividad, motivo por el cual se modificará parcialmente el numeral 3º de la parte resolutive de la sentencia de 1ª instancia, para ordenar no que se incluya la partida del subsidio familiar como factor salarial, puesto que esto ya se hizo, sino que se liquide en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

Así mismo se modificará parcialmente el numeral 1º de la parte resolutive de la sentencia impugnada, que contenga la inaplicación por inconstitucional del artículo 5º del Decreto 1161 de 2014 y del Decreto 1162 de 2014.

En cuanto a la duodécima parte de la prima de navidad, como ya se dijo, no se evidencia justificación razonable para su exclusión en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, al consagrarse únicamente ese derecho a los Oficiales y Suboficiales que se encuentran en un rango salarial más alto, omitiendo incluir esta partida para los Soldados Profesionales que devenga un salario inferior, lo que conlleva a que la norma vulnere el derecho a la igualdad.

Si bien es cierto, dentro del expediente no obra prueba documental que indique que el actor hubiese devengado dicho emolumento en actividad, también es, que no se puede desconocer que fue el mismo artículo 5º del Decreto 1794 de 2000 que consagró el derecho de los Soldados Profesionales a devengarlo mientras estén en servicio activo, del cual no se avizora que se imponga alguna condición para su causación, como si sucede con el subsidio familiar, razón por la cual no haya lugar a pensar que no lo percibió durante el tiempo que estuvo vinculado con el **EJERCITO NACIONAL**.

En consecuencia, se modificará parcialmente el numeral tercero contenido en la parte resolutive de la sentencia impugnada, para que también se incluya la duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro. Las sumas que resulten de las diferencias de los valores cancelados y de lo que debió pagarse, serán actualizadas de conformidad con la formulada indicada en la sentencia de 1ª instancia:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de mesada pensional con inclusión de los reajustes de ley, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se pagará 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.

Finalmente, se adicionará un numeral a la decisión de 1ª instancia, en el que se dirá que sobre las diferencias a pagar por el reajuste que se está disponiendo, la Entidad demandada descontará el valor correspondiente por aportes a seguridad social, valores que deberán ser indexados, pues nada se dijo al respecto.

CONDENA EN COSTAS.

La condena en costas se encuentra regulada en el artículo 188 del C.P.C.A, en los siguientes términos:

Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

Así las cosas, de acuerdo a esa disposición normativa, el Juez en la sentencia debe de pronunciarse de forma obligatoria sobre la procedencia de la condena en costas, salvo cuando se trate de un asunto de interés público, cuya liquidación y ejecución se deberá regir por las normas del Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, el que dispone en su artículo 365 sobre la condena en costas lo siguiente:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica,

anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

(...).

Entiende así esta Corporación que conforme al artículo 188 antes mencionado, en concordancia con el artículo 365 del C.G.P, la parte vencida debe ser condenada en costas, de acuerdo al procedimiento previamente señalado, salvo cuando se trate de un asunto de interés público, situación que no ocurre en el asunto en cuestión, pues se trata de un proceso de nulidad y restablecimiento, cuyas pretensiones son de carácter particular y concreto, eliminándose de esa manera un criterio subjetivo a la hora de imponerlas, como si lo hacía el anterior C.C.A.

Por otra parte, en lo que respecta a la liquidación de las costas y agencias en derecho, el artículo 366 del C.G.P reguló que estas serán liquidadas de manera concentrada en el Juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior. Así mismo estipuló que el Secretario hará la liquidación y corresponderá al Juez aprobarla o rehacerla y *para la fijación de agencias en derecho deberá aplicarse las tarifas que establezca el* **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA.**

El Acuerdo No 1887 de 2003, proferido por el **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**, consagró las tarifas de las agencias en derecho, disponiendo en el artículo 3º los criterios para su fijación, que son: tener en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión, etc.

En el artículo 6º se fijaron las tarifas de acuerdo al tipo al tipo del proceso y a la jurisdicción que lo tramitó, que para el caso del Contencioso Administrativo, los numerales 3.1.2 y 3.1.3, establecieron que para los asuntos de 1ª instancia con cuantía un máximo del 20% **del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia y 2ª instancia hasta el 5% del mismo valor.**

Como se está despachando desfavorablemente el recurso de apelación presentado por la Entidad demandada y como hubo intervención en esta instancia por parte del actor, hay lugar a condena en costas de la segunda instancia, a su favor, las cuales deberán liquidarse por el A Quo.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala Plena del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Unificar el criterio de que **CREMIL** si tiene la facultad de efectuar el reajuste salarial del 20% en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como Soldados Voluntarios, en **aplicación directa** del inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, conforme a los parámetros expuestos en esta sentencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR los numerales **SEGUNDO, CUARTO, QUINTO, SEPTIMO y OCTAVO** de la sentencia apelada, proferida en audiencia inicial por el **JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO**, el 30 de junio de 2016, dentro del proceso promovido por **ELIAS ESCOBAR OSORIO** contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL**.

TERCERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral **PRIMERO** de la sentencia apelada, proferida en audiencia inicial por el **JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO**, el 30 de junio de 2016, dentro del proceso promovido por **ELIAS ESCOBAR OSORIO** contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL**, el cual quedará así:

PRIMERO: INAPLICAR para el presente caso por inconstitucional e ilegal el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, en lo que tiene que ver con el subsidio familiar,

y el artículo 5º del Decreto 1161 de 2014 y el Decreto 1162 de 2014, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral **TERCERO** de la sentencia apelada, proferida en audiencia inicial por el **JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO**, el 30 de junio de 2016, dentro del proceso promovido por **ELIAS ESCOBAR OSORIO** contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL**, el cual quedará así:

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho **CONDENAR** a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL**, a reajustar la asignación de retiro del señor **ELIAS ESCOBAR OSORIO** tomando como asignación básica el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, adicionándole el 38.5% de la prima de antigüedad, liquidando el subsidio familiar en el mismo porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro del servicio, e incluir la partida computable duodécima parte de la prima de navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro, debiendo pagar las diferencias de mesadas debidamente indexadas a partir del 31 de marzo de 2015, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: ADICIONAR el numeral **9** a la sentencia proferida en audiencia inicial por el **JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO**, el 30 de junio de 2016, dentro del proceso promovido por **ELIAS ESCOBAR OSORIO** contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL**, el cual quedará así:

“NOVENO: De las diferencias que arroje el reajuste ordenado, la Entidad demandada deberá hacer los respectivos descuentos, por concepto de aportes a seguridad social, valores que deberán ser indexados.

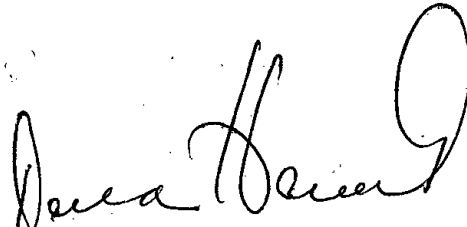
SEXTO: CONDENAR en costas de 2ª instancia a la parte demandada y a favor del actor, las cuales se liquidarán por el A Quo.

SEPTIMO: Una vez en firme esta providencia, devuélvase al Juzgado de origen, para lo de su cargo.

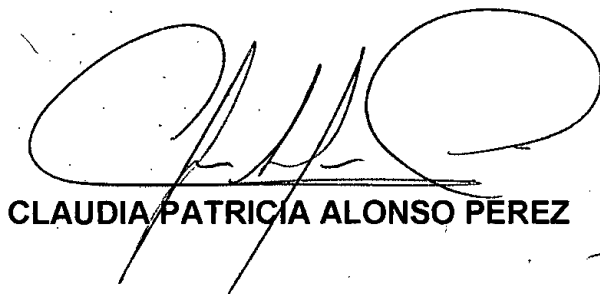
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

Estudiado y aprobado en Sala de Decisión de la fecha, según acta

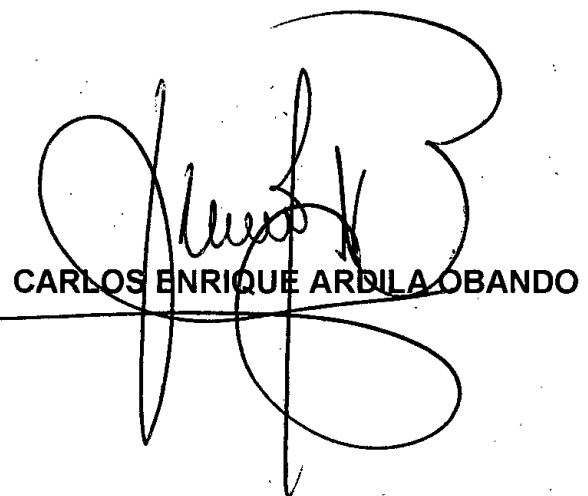
No.38.-



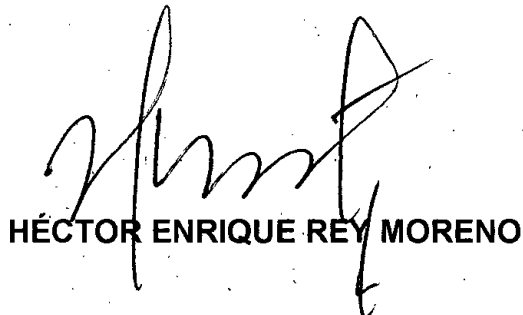
TERESA HERRERA ANDRADE



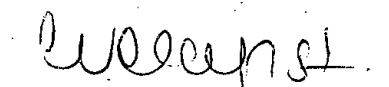
CLAUDIA PATRICIA ALONSO PÉREZ



CARLOS ENRIQUE ARDILA OBANDO



HÉCTOR ENRIQUE REY MORENO



NELCY VARGAS TOVAR