

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA
Magistrada ponente: Beatriz Teresa Galvis Bustos

Neiva, quince (15) de marzo de dos mil veinte (2020)

Ref. Expediente	:	410013333004-2018-00219-01
Demandante	:	RAFAEL QUISABONI ORTEGA
Demandado	:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL-
Asunto	:	REAJUSTE ASIGNACIÓN DE RETIRO SALARIO 20% - PRIMA DE ANTIGÜEDAD – SUBSIDIO FAMILIAR Y DOCEAVA PARTE DE LA PRIMA DE NAVIDAD
Acta	:	018

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA**

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 29 de abril de 2019, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

CUESTIÓN PREVIA: Prelación de Fallo

Observa la Sala que, el artículo 18 de la Ley 446 de 1998 impone a los jueces la obligación de proferir sentencias en el orden en que cada uno de los procesos

que se han venido tramitando haya pasado al despacho para tal efecto, sin que pueda alterarse tal mandato, así se observa en la citada norma:

“(...) ARTICULO 18. ORDEN PARA PROFERIR SENTENCIAS. Es obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal. Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden también podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos o a solicitud del agente del Ministerio Público en atención a su importancia jurídica y trascendencia social. (...).”

En el presente caso, el objeto de debate se circunscribe a la reliquidación de la asignación de retiro con el 20% del salario y la aplicación correcta de la prima de antigüedad que percibe el actor por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL, asunto respecto del cual esta Corporación ha tenido la oportunidad de pronunciarse en muchas ocasiones, en las cuales ha fijado una postura consolidada y reiterada, sustentada en la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, motivo por el cual, con fundamento en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Sala se encuentra habilitada para resolver el presente caso de manera anticipada, máxime que se encuentra dentro de los temas que según el Acuerdo No. 003 del 21 de agosto de 2018 de esta Corporación ameritan se profiriera decisión con antelación.

I. ANTECEDENTES

1.1. Pretensiones

El demandante Rafael Quisaboni Ortega, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo del 138 CPACA, presentó demanda contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares —CREMIL—, con el fin que se hagan las siguientes¹:

¹fols. 3 a 4

"1. Que se declare la nulidad de los actos administrativos conformados por los oficios (sic) No. 0084010 del 21 de diciembre de 2017, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante, quedando debidamente agotados los recursos administrativos.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del Derecho, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, disponga el reconocimiento y pago a favor del señor QUISABONI ORTEGA RAFAEL, del reajuste de la asignación de retiro a que tiene derecho con fundamento en las siguientes causales, las cuales sustento más adelante:

2.1. Reajuste por **indebida aplicación de lo establecido en el artículo 16 del decreto 4433** del 31 de diciembre de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1. de la misma norma y en el inciso segundo del artículo 1° del decreto 1794 de 2000, toda vez que se incurre en error al efectuar el cálculo del valor de la asignación de retiro, al tomar equívocamente los factores y porcentajes a liquidar afectando doblemente la prima de antigüedad.

2.2. **Reajuste por falta de aplicación de lo establecido en el párrafo segundo del artículo 1° del decreto 1794** del 14 de septiembre de 2000, ya que se está tomando el salario mínimo legal vigente **incrementado solo en un 40%**, cuando la norma establece que para los soldados que a 31 de diciembre de 2000 ostentaban la calidad de voluntarios, como es el caso del demandante, la asignación salarial mensual se debe liquidar con base en el salario mínimo legal vigente **incrementado en un 60%**.

2.3. Reajuste por violación del derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la constitución nacional, al **dejar de incluir el subsidio familiar** como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, en una cuantía muy inferior a la devengada por los demás miembros de las fuerzas militares, tanto civiles como militares y por los soldados profesionales **a quienes se les viene reconociendo el subsidio familiar como partida computable en una cuantía muy superior.**

2.4. Reajuste por violación del derecho fundamental a la igualdad **al dejar de incluir la duodécima parte de la prima de navidad** como partida computable para la asignación de retiro que actualmente devenga el demandante, cuando a todos los demás miembros de las fuerzas militares, tanto civiles como militares, si se les incluye esta prestación.

3. Que se disponga el pago del REAJUSTE del retroactivo pensional desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y hasta su inclusión en nómina de pagos.

4. Que se disponga el pago de la indexación sobre todos los valores adeudados a mi representado.

5. Que se disponga el pago de los intereses de mora sobre todos los valores adeudados a mi representado.

6. Que se condene en COSTAS a la entidad demandada.

1.2. Hechos:

Para fundamentar sus pretensiones expuso² los siguientes:

1.2.1 El apoderado del demandante, indicó que el señor Rafael Quisaboni Ortega, ingreso como Soldado Regular a las filas del Ejército Nacional el 22 de mayo de 1996 y que, una vez terminado el periodo reglamentario, de conformidad a lo dispuesto en la Ley 131 de 1985, se incorporó como soldado voluntario.

1.2.2 Adujo que a partir del 1º de noviembre de 2003 por disposición administrativa del Comando del Ejército, fue promovido como Soldado Profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de la Fuerza Militar.

1.2.3 Señaló que previo cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, CREMIL le reconoció al actor una asignación de retiro, mediante Resolución No. 140 de 10 de enero de 2017. Añadió que, desde entonces, la demandada viene liquidando su asignación teniendo como base de liquidación el salario mínimo incrementado en un 40% del mismo y aplicando el 70% a la sumatoria entre la asignación básica y el 38.5% de la prima de antigüedad.

1.2.4. El demandante solicito ante la demandada la reliquidación de la asignación de retiro de invalidez con la inclusión del 100% de la prima de antigüedad, el 100% del subsidio familiar y la inclusión de la doceava parte de la prima de navidad, conforme lo señala el Decreto 4433 de 2004.

1.2.5. La entidad demandada con oficio No. 0084010 del 21 de diciembre de 2017 negó la reliquidación solicitada.

²fols. 4 a 5

1.3. Normas violadas y concepto de la violación³

La parte demandante señaló como violadas las disposiciones contenidas en el preámbulo, los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política; las Leyes 131 de 1985, 4 de 1992 y 923 de 2004, y los Decretos 1794 de 2000 y 4433 de 2004.

Como sustento de lo anterior, indicó que desde que fue reconocida la asignación de retiro al actor, la Caja demandada viene liquidando la prestación tomando como base de liquidación la de un salario mínimo incrementado en un 40%, inaplicando el régimen de transición establecido en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000 atinente a los soldados profesionales que fueron soldados voluntarios, lo que es abiertamente inconstitucional e ilegal, al contrariar el principio de progresividad y los derechos adquiridos.

Asimismo, la entidad demandada hace una indebida aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, generando una doble afectación a la partida prima de antigüedad, que va en detrimento del monto de la mesada que se le cancela al actor, siendo esta de menor valor a la que se le debe de cancelar, afectándose de esta manera su mínimo vital.

Señaló que la entidad demandada incurrió en falsa motivación por cuanto los postulados normativos y de interpretación jurisprudencial y doctrinarios respecto del porcentaje en que debe incrementarse la asignación de retiro del demandante, erróneamente fue interpretado, negando los derechos reclamados, sin tener un fundamento jurídico que legitime las decisiones tomadas por parte de la administración pública.

³ Folio 5 a 22

Considera que la norma es violatoria del principio de igualdad pues a los Soldados Profesionales no se les reconocen las mismas partidas que para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

Señala que la jurisprudencia ha establecido que la vulneración al derecho a la igualdad en personas en condición de discapacidad constituye un acto discriminatorio, lo cual se traduce en la aplicación del Decreto 4433 de 2004 frente a los Soldados Profesionales respecto de los demás militares, ya que a estos últimos se le tiene en cuenta el 100% de las partidas computables generándose un trato diferenciado respecto de los primeros.

2. Trámite procesal

2.1. Radicación, admisión y notificación de la demanda

La demanda fue presentada el 19 de julio de 2018 ante la Oficina Judicial de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Neiva (fl. 35 principal), correspondiéndole por reparto al Juzgado Cuarto Administrativo de Neiva, despacho judicial que mediante auto del 27 de julio de 2018 la admitió y ordenó las notificaciones de rigor (folio 37).

La diligencia de notificación se surtió a la dirección electrónica para notificaciones judiciales de la Caja de Retiro de las Fuerza Militares –CREMIL-, de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público de conformidad con la documental que obra a folio 27 a 30.

2.2. Contestación de la demanda

A través del escrito radicado el 10 de septiembre de 2018⁴, la apoderada de la entidad demandada acepta los hechos relacionados con la actividad del

⁴ Folios 68 a 72

demandante, el reconocimiento de la asignación de retiro y la conclusión del procedimiento administrativo, y se opone a las declaraciones y condenas.

En cuanto al reajuste solicitado con el SMLMV más el 70% de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 prima de antigüedad, se encuentra suficientemente clara la norma que el soldado profesional tiene derecho a que se le pague la asignación de retiro, así: salario básico = SMLMV (100%)+ (incremento en un 40%) =140, sobre prima de antigüedad = 38.5%, además tiene derecho al 70%= (sueldo básico + 38.5% prima de antigüedad).

En relación al reajuste del 20% de la asignación de retiro, indicó que se le dará aplicación a la sentencia de unificación del Consejo de Estado de fecha 25 de agosto de 2016 para liquidar la asignación de retiro tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el inciso 2 del artículo 1 del decreto 1794 de 2000.

Propuso las excepciones de: *no configuración a la violación del derecho a la igualdad*, pues fue el legislador el que estableció los parámetros para efectos de reconocimiento de la asignación de retiro a través del Decreto 4433 de 2004; *legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - correcta aplicación de las disposiciones legales*, debido a que las actuaciones se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares; *no configuración de la causal de nulidad*, porque toda la actuación de la entidad fue realizada con las normas aplicables al caso; *no procedencia de la causal de falsa motivación en las actuaciones de CREMIL*, dado que la entidad ha actuado con apego de la ley y los actos administrativos expedidos se encuentran amparados bajo la presunción de legalidad, finalmente solicita no ser condenado en costas y agencias en derecho.

2.3. Audiencia inicial

A través de providencia del 15 de marzo de 2019 (folio 100), el Juzgado Cuarto Administrativo de Neiva dispuso fijar como fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, el día 29 de abril de 2019 a las 2:00 p.m.

En la data señalada se llevó a cabo la diligencia, en la cual se surtieron las etapas correspondientes. La entidad demandada no propuso excepciones previas.

Por otro lado, se fijó el litigio a partir de los presupuestos fácticos de la demanda en los siguientes términos:

"Determinar si esta desvirtuada la presunción de legalidad que ampara el Oficio 0084010 del 21 de diciembre de 2017, que implique declarar su nulidad por violación de normas constitucionales y legales en que debían fundarse, en consecuencia, disponer título de restablecimiento del derecho, la reliquidación de la asignación de retiro de RAFAEL QUISABONI ORTEGA, a) calculando la prima de antigüedad en los porcentajes establecidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, b) aumentando el valor del salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, c) incluyendo la partida de subsidio familiar en actividad, d) la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad, o si por el contrario, no existe fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad y el subsidio familiar, no existe falsa motivación en las actuaciones de la demandada, no se configura causal alguna de nulidad y el derecho a la igualdad no se vulnera".

En la etapa de decreto de pruebas el A quo señaló que se tendrían como pruebas los documentos allegados con la demanda, dándoles el valor que les asigne la ley; se negaron las pruebas solicitadas y el despacho judicial no encontró prueba de oficio para decretar. Ante la no interposición de recursos contra esta decisión y siendo el asunto de puro derecho, el A quo dio por cerrado el debate probatorio y otorgó el uso de la palabra a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión. Igualmente, señaló que dictaría sentencia en los términos del inciso final del artículo 179 del CPACA.

2.4. Alegatos de conclusión

La apoderada de la *parte demandante*, reiteró los supuestos fácticos y de derecho expuestos en la demanda, señalando que la entidad debe efectuar la correcta aplicación de la fórmula que liquida la partida prima de antigüedad, el subsidio familiar y debe incluirse la duodécima parte de la prima de navidad establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Entre tanto, la *entidad demandada*, ratificó los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda, manifestando que ha dado una aplicación correcta a la prima de antigüedad y al subsidio familiar, y en lo que respecta a la prima de navidad no le es aplicable al actor en virtud del grado de ostenta.

El **Ministerio Público** no compareció.

2.5. La sentencia de primera instancia

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, mediante sentencia del 29 de abril de 2019⁵, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en la que resolvió:

PRIMERO: INAPLICAR en este caso, por inconstitucional, el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 en cuanto a la partida prima de navidad que debe ser incluida en la liquidación de la asignación de retiro del actor, con fundamento en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de "inexistencia de fundamento" en cuanto al reajuste del porcentaje de la partida del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro propuesta por la Entidad demandada.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las demás excepciones propuestas por la entidad demandada.

CUARTO: DECLARAR LA NULIDAD del Oficio 0084010 del 21 de diciembre de 2017 proferido(o) por la entidad demandada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho CONDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES CREMIL, a reliquidar y pagar a RAFAEL

⁵ fols. 104 a 106

QUISABONI ORTEGA, el reajuste de la asignaron mensual de retiro, que percibe en la siguiente forma:

5.1.- Aplicando correctamente el cálculo de los porcentajes establecidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es decir, aplicando el 70% únicamente al salario mensual y no al porcentaje de la prima de antigüedad a partir del 28 de febrero de 2017.

5.2.- Incluyendo como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad, esta última en caso de acreditarse que fue percibida en el año anterior al retiro del servicio, a partir del 28 de febrero de 2017 y hacia futuro.

Los valores resultantes deberán ser actualizados con base en el IPC de conformidad con el artículo 187 del CPACA mes a mes conforme a la formula traída para estos casos por el H. Consejo de Estado

$$R=RH X \frac{INDICE FINAL}{INDICE INICIAL}$$

(...)

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: DISPONER que los intereses moratorios se pagaran en cuenta se den los supuestos de hecho previstos en el artículo 192 del CPACA.

OCTAVO: DESE cumplimiento a este proveído, dentro de los términos establecidos en el artículo 171 numeral 4° 187, 192, 195 inciso 4° de la Ley 1437 de 2011. Con fundamento en el último inciso del artículo 192 del CPACA, una vez ejecutoriada esta sentencia, para su cumplimiento, secretaria deberá remitir los oficios correspondientes.

NOVENO: ABSTENERSE de condenar en costas.

DÉCIMO: en firme la presente providencia y culminadas las órdenes impartidas, archívese el expediente, una vez hechas las anotaciones en e software de Gestión justicia siglo XXI, igualmente expídanse las copias de que trata el artículo 114 inc. 2 del C.G.P.”.

El A quo refirió que en el presente caso sería procedente el reajuste de la asignación de retiro del actor para que se diera la correcta aplicación del Decreto 4433 de 2004, pues consideró que la demandada debía aplicar correctamente el cálculo de los porcentajes establecidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es decir, aplicando el 70% únicamente al salario mensual y no al porcentaje de la prima de antigüedad, así mismo, consideró probada la excepción de inexistencia de fundamento en cuanto al reajuste del

porcentaje de la partida del subsidio familiar, pues la misma ya había sido reconocida en el porcentaje del 38.5%, y finalmente ordenó el reconocimiento de la doceava parte de la prima de navidad y su inclusión en la asignación de retiro, en aplicación al principio de igualdad entre los miembros de las fuerzas militares, no importando su condición o grado.

Consideró que resultaba evidente el trato diferencial así como discriminatorio hacia los soldados profesionales con respecto del personal de oficiales y suboficiales, cuando a estos últimos se les permite la inclusión de la prima de navidad como partida computable para su asignación de retiro, pensión de invalidez y sobrevivencia, mientras que para el personal de soldados profesionales se niega dicha posibilidad, por lo que en virtud de los parámetros establecidos en la constitucionales encuentra la vulneración abierta de dichos preceptos cuando claramente no existe un fundamento racional y objetivo que permita fundamenta el reconocimiento de dicha prestación al personal de oficiales y suboficiales y negárselo al de soldados profesionales.

2.6. El recurso de apelación

Mediante escrito del 2 de mayo de 2019⁶, el apoderado de *la parte demandada* interpuso y sustentó el recurso de apelación, indicando que, en materia pensional, el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 no prevé la inclusión del susidio familiar en las partidas que deben tenerse en cuenta para la liquidación de las asignaciones de retiro de los Soldados profesionales, pues taxativamente se indican las partidas que deben ser computadas al salario mensual y la prima de antigüedad.

Precisa que, si bien es cierto, otro artículo de la precitada disposición establece que el subsidio debe tomarse como partida, esto aplica únicamente para los casos de Suboficiales y Oficiales, en el mismo sentido manifiesta que no existe

⁶ Fls. 121 y 122

fundamento legal para realizar la inclusión la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro que devenga un soldado profesional, situación que encuentra fundamento en las circunstancias fácticas y jurídicas de la determinación de cada grado, razón por la cual no hay lugar a alegarse vulneración del derecho a la igualdad.

En cuanto a la prima de antigüedad sostuvo que la misma fue liquidada conforme lo indica la norma, en el porcentaje asignado para tal fin.

En virtud de lo anterior solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar se nieguen las pensiones de la demandada pues la entidad demandada ha dado correcta aplicación a las partidas y porcentaje aplicable prima de antigüedad y subsidio familiar al caso en concreto.

En el término legal, el apoderado de la **parte actora**, también allegó escrito de apelación solicitando se modificó la sentencia de primera instancia, y se acceda a la totalidad de las pretensiones de la demanda, en cuanto la misma resultó desfavorable a sus intereses en lo que respecta a la reliquidación de la asignación de retiro que actualmente devenga en aplicación a lo normado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, toda vez que el Juez de primera instancia ordenó el reajuste de la asignación de retiro aplicando un 70% sobre el salario mensual, sin embargo, considera que si tenía derecho a devengar en actividad un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, es esta la suma que debe tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro , porque no existe razón alguna, para que se le descuente un 20% y posteriormente se le aplique un 70% , lo que le ocasionaría un descuento del 50% de su asignación básica, lo cual influiría directamente en la prima de antigüedad, y en cuanto negó la inclusión del subsidio familiar como partida computable, a fin de que se incluya en la cuantía devengada en actividad en aplicación del derecho de igualdad contemplado en el artículo 13 de la Constitución Nacional.

2.7. Tramite en segunda instancia

El 13 de agosto de 2019, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Neiva llevo a cabo audiencia de conciliación, en donde **declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en razón a su no comparecencia a esta diligencia** y concedió el recurso de apelación impetrado por la parte demandada, el cual fue admitido por el Tribunal el 26 de septiembre de 2019⁷.

Mediante auto del 24 de octubre de 2019⁸, se ordenó dar traslado a las partes para alegar de conclusión en segunda instancia.

2.7.1. Parte demandante

A través de escrito radicado el 30 de octubre de 2019⁹ alegó de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la demanda.

2.7.2. Parte demandada

Guardo silencio.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia en segunda instancia

Se tiene que dentro del asunto de la referencia interpuso recurso de apelación la *parte demandante* con el fin de que se revoque la sentencia de fecha 29 de abril de 2019, en relación a la aplicación correctamente del porcentaje de la prima de antigüedad, prima de navidad y subsidio familiar de que trata el Decreto 4433 de 2004.

⁷ Folio 4 cdno. Segunda Instancia

⁸ Folio 16 C 2 Instancia

⁹ Folio 28 cdno. Segunda Instancia

De acuerdo con lo anterior, se trata de una situación de apelante único, donde, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, al cual se acude por remisión del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, la competencia del juez en segunda instancia se reduce al análisis de los puntos objeto del recurso.

En efecto, el inciso primero del artículo referido preceptúa lo siguiente:

"ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia 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.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones. (...)"

En ese contexto es claro que cuando se trata de apelante único el *Ad quem* solo puede revisar la actuación en cuanto tiene que ver con los motivos de la impugnación, valga decir, no puede el Juez de segunda instancia entrar a analizar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo el análisis correspondiente de los presupuestos procesales para decidir.

Adicionalmente, en este caso ningún reparo encuentra la Sala respecto de la oportunidad en la presentación de la demanda, el cumplimiento del requisito de procedibilidad y la legitimación de hecho en la causa de las partes, por lo que siendo ello así se abordará el estudio del presente asunto atendido los aspectos en los que la parte demandada ha sustentado la apelación.

Así las cosas, según el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, al Tribunal se le asignó el conocimiento en segunda instancia de las apelaciones de sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

3.2. Planteamiento del caso

En el presente asunto *la parte actora* controvierte la nulidad del oficio No. 0084010 del 21 de diciembre de 2017, mediante el cual la Entidad demandada le negó el reajuste de la asignación de retiro con la aplicación correcta de lo dispuesto en el Decreto 4433 de 2004, más la prima de antigüedad, el subsidio familiar y la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad.

Como restablecimiento del derecho pretende se ordene a la demandada el reajuste de la asignación de retiro, a partir de su reconocimiento a la fecha, debidamente indexado e incluyendo los intereses moratorios.

Por su parte, *la parte demandada*, aduce que aplicó correctamente la fórmula de liquidación de la asignación de retiro en cuanto al reconocimiento y pago de la prima de antigüedad y subsidio familiar, y frente a la prima de navidad refiere que no hay lugar a reconocimiento, pues, la misma no está regulada por ley para los Soldados Profesionales. Finalmente indica que sus actuaciones se ajustaron a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares.

Entre tanto, *la sentencia de primera instancia* accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, al considerar que debió liquidarse la asignación de retiro del actor aplicando el 70% únicamente al salario mensual y no al porcentaje de la prima de antigüedad reconocido, así mismo consideró que no existe fundamento legal para acceder al reajuste del subsidio familiar y finalmente por principio de igualdad se debió incluir la duodécima parte de la prima de navidad, pues, de no hacerse de esta manera se presenta desigualdad en las prestaciones de los soldados profesionales con los demás miembros de la fuerzas militares.

La parte *demandada* inconforme con la decisión la apeló, solicitando revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar se nieguen las pensiones de la demandada, pues la entidad demandada ha dado correcta aplicación a las

partidas y porcentajes aplicables a la prima de antigüedad y subsidio familiar, indicando que en materia pensional el Decreto 4433 de 2004 no prevé la inclusión de la prima de navidad en las partidas que deben tenerse en cuenta para la liquidación de las asignaciones de retiro de los Soldados profesionales, pues, taxativamente se indica como partidas imputables el salario mensual y la prima de antigüedad.

3.3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si en virtud del recurso de alzada propuesto, existe mérito para revocar la sentencia a través de la cual el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Neiva accedió a las pretensiones de la demanda incoadas por el señor Rafael Quisaboni Ortega, ordenando el reajuste de la asignación de retiro.

Para resolver el problema jurídico la Sala inicialmente analizará el marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso en estudio; seguidamente, se procederá a establecer los hechos probados en el proceso y, luego, se abordará el estudio del caso concreto.

3.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE

3.4.1 Del régimen salarial de los soldados profesionales

La Ley 131 de 1985¹⁰ fue el antecedente legislativo de la creación de los soldados profesionales mediante la figura del soldado voluntario, señalado como el personal que terminando el servicio militar obligatorio decidiera continuar la prestación del servicio en forma voluntaria, quien devengaría una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en el sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podría sobrepasar

¹⁰ “Por la cual se dictan normas sobre el servicio militar voluntario”.

los haberes correspondientes a un cabo segundo, marinero o suboficial técnico cuarto.

Posteriormente, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en la Ley 578 de 2000, se expidió el Decreto 1793 de 2000, "Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares"¹¹, el cual dispuso en el artículo 1.º la creación de los soldados profesionales definiéndolos como: "los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas."

Dentro de este personal se situó a los soldados voluntarios que se habían incorporado en virtud de la Ley 131 de 1985, señalando en el artículo 42 del Decreto 1793 de 2000, que esta normativa le sería aplicable a los nuevos soldados profesionales y a los voluntarios.

Posteriormente, se expidió el Decreto 1794 de 2000¹², que en el artículo 1.º estableció que los soldados voluntarios que se vinculen a partir de esa norma (14 de septiembre de 2000) devengarían un (1) smmlv aumentado en el 40%, mientras que los vinculados antes del 31 de diciembre de 2000, bajo el régimen establecido en la Ley 131 de 1985, devengarían como asignación básica un (1) smmlv aumentado en el 60%, es decir, continuarían devengando la asignación que se les cancelaba de acuerdo con lo establecido en el artículo 4.º *ibídem*, disposición transcrita en precedencia.

¹¹ Mediante la Ley 578 del 14 de marzo de 2000, se revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las Fuerzas Militares y de Policía Nacional.

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

En sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016¹³, el Consejo de Estado resolvió que el criterio de interpretación de la norma antes descrita debía ser:

"Primero. De conformidad con el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1º de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.

Segundo. De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%."

Ahora bien, a partir de esa unificación, respecto de las demandas cursantes en esta jurisdicción frente a la reliquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, no en forma pacífica algunas se dirimieron coligiendo que si la asignación salarial mensual debía establecerse en esa forma de liquidación¹⁴, lo propio debía suceder con la asignación de retiro de este personal, sin embargo, es hasta el 25 de abril de 2019 que se profiere sentencia de unificación del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹⁵, en la cual se establecen las reglas de unificación para la liquidación de la asignación de retiro de este tipo de personal, la que a continuación se procede a estudiar.

3.4.2 De la asignación de retiro de los soldados profesionales

El Decreto 4433 de 2004¹⁶, en el artículo 16, señaló que los soldados voluntarios que se incorporen como soldados profesionales tienen derecho al reconocimiento de una asignación de retiro así:

¹³ C.E. Secc. Segunda. Sent. 2013-00060-01(3420-15) CE-SUJ2-003-16. Ago. 25/2016. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

¹⁴ Criterio que fue asumido por esta Sala de Decisión.

¹⁵ C.E. Secc. Segunda. Sent. 2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19. Abr. 25/2019. M.P. William Hernández Gómez.

¹⁶ Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

- i) cuando cumplan 20 años de servicios,
- ii) equivalente al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1 de la misma norma.
- iii) adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad, sin que la mesada pueda ser inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Al disponer que el salario mensual sería el indicado en el numeral 13.2.1 de esa norma, lo que estableció fue que la partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales sería el "Salario mensual en los términos del **inciso 1º**. del artículo 1º. del Decreto-ley 1794 de 2000", que dispone:

"ARTÍCULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL. *Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)."*

En el estudio efectuado por la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019¹⁷, el Consejo de Estado señaló que esta disposición normativa en su contenido literal, previó que la asignación de retiro de los soldados profesionales debe liquidarse con base en una asignación salarial mensual equivalente al salario mínimo legal mensual vigente aumentado en el 40%, sin hacer precisión adicional respecto de quienes para el 31 de diciembre de 2000 estaban vinculados a las Fuerzas Militares como soldados voluntarios, los que en virtud del inciso 2.º artículo 1.º, tenían derecho a una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal mensual incrementado en el 60%.

Por esta razón, consideró el Alto Tribunal que existía una laguna normativa que llevaba a formular el siguiente interrogante: ¿cuál debía ser la asignación

¹⁷ C.E. Secc. Segunda. Sent. 2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19. Abr. 25/2019. M.P William Hernández Gómez.

salarial que debe tenerse en cuenta para efectuar la liquidación de la asignación de retiro de los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales? Esto es, definir si esta prestación se debe calcular teniendo en cuenta el tenor literal de la norma, inciso 1.º del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000 (salario mínimo legal mensual vigente incrementado en el 40%), o si por el contrario, la prestación de retiro debe calcularse con base en la remuneración que correspondía a los soldados voluntarios incorporados como profesionales (salario mínimo legal mensual vigente incrementado en el 60%).

La forma de dirimir tal cuestión se enfocó en el estudio de los aportes que eran realizados por los soldados profesionales, para así establecer cómo liquidar la asignación de retiro, para lo cual se estudió el contenido del artículo 18 del Decreto 4433 de 2004, el cual regula los aportes que los soldados profesionales en servicio activo deben realizar a Cremil, norma que indica:

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

18.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer salario mensual, como aporte de afiliación.

18.2 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.

18.3 Sobre el salario mensual y la prima de antigüedad, un aporte mensual del cuatro punto cinco por ciento (4.5%) hasta el 31 de diciembre de 2004, porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1º de enero de 2005 y, adicionalmente, otro cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1º de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%).

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

18.3.1 Ciento por ciento (100%) durante los primeros cinco (5) años.

18.3.2 Ochenta y seis punto tres por ciento (86.3%) durante el sexto (6) año.

18.3.3 Sesenta y nueve punto uno por ciento (69.1%), durante el séptimo (7) año.

18.3.4 Cincuenta y siete punto seis por ciento (57.6%), durante el octavo (8) año.

18.3.5 Cuarenta y nueve punto tres por ciento (49.3%) durante el noveno (9) año.

18.3.6 Cuarenta y tres punto dos por ciento (43.2%) durante el décimo (10) año.

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

Al revisar esta norma, es evidente que la cotización para la asignación de retiro se efectúa por parte del soldado profesional sobre el salario mensual y la prima de antigüedad en los porcentajes allí descritos, esto es, se tiene el salario mensual como efectivamente lo devengue el uniformado, por lo que el que percibe aumentado en el 40% realiza cotización sobre este monto, y aquel que lo devenga aumentado en el 60% lo hace sobre tal cuantía.

Si se realiza una interpretación gramatical del artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, la conclusión sería que independientemente de si se realizaron cotizaciones sobre el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en el 40%, o en el 60%, la asignación de retiro se liquidaría sobre el salario aumentado en el 40%.

Sin embargo, el Consejo de Estado determinó que una interpretación gramatical del artículo 13.2.1 ibídem estaría desconociendo los valores sobre los cuales efectivamente se realizaron las cotizaciones de los destinatarios del inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, señalando que esta situación "ofrece un tratamiento inequitativo para aquellas personas que, habiendo realizado aportes sobre un salario mayor, reciben una mesada igual a quienes contribuyeron al sistema en el mismo porcentaje, pero sobre un ingreso inferior. Lo que genera detrimento del principio de igualdad material frente al derecho a que la mesada pensional corresponda a lo efectivamente cotizado de aquellas que sí gozan de tal garantía."

Por lo tanto, concluyó en la sentencia en estudio, lo siguiente:

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

profesionales, por lo cual:

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

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

Establecidas las pautas de liquidación de la asignación de retiro respecto a la asignación mensual, se procede a estudiar las partidas a incluir y la forma de liquidación.

3.4.3 Partidas computables en la asignación de retiro de los soldados profesionales

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 dispuso que la asignación de retiro para los soldados profesionales retirados con 20 años de servicios y finalizados los 3 meses de alta, se reconocerá por CREMIL así: “al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad”, sin que pueda ser inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La interpretación dada por CREMIL a esta normativa ha sido la de sumar el salario y la prima de antigüedad y a este valor aplicarle el 70%, así: (Salario + prima de antigüedad)* 70%=Asignación de Retiro.

Sin embargo, los soldados profesionales han solicitado a través de demandas de nulidad y restablecimiento del derecho, como es el presente caso, la

interpretación normativa, según la cual el 70% solamente afecta a la asignación mensual y no a la prima de antigüedad, así: (Salario mensual x 70%) + prima de antigüedad= Asignación de Retiro

A juicio de la sentencia de unificación en estudio¹⁸, la interpretación debe ser esta última, pues considera que es clara la norma al establecer que el 70% debe calcularse de la asignación mensual y adicionarse con el 38.5% de la prima de antigüedad y, aunque de la literalidad de la norma no se evidenciara su correcta aplicación, en caso de duda sobre qué concepto debe ser afectado con el porcentaje del 70%, lo adecuado sería adoptar por la interpretación más favorable al extremo débil de la relación laboral, que es el soldado que pasa a situación de retiro tras 20 años de servicio, en aplicación del principio de favorabilidad.

Por lo anterior, concluyó al respecto:

"De manera que la interpretación de la entidad conlleva un detrimento para el soldado que pasa a situación de retiro. En este sentido, considera la sala que calcular la prestación en el 70% de la asignación salarial sumada con el porcentaje de la prima de antigüedad es una interpretación que soporta una doble afectación de esta última partida, consecuencia que la ley no prevé y que va en perjuicio del derecho.

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

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

También resulta importante precisar que el 38.5% de la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro. En efecto, el artículo 13.2.2 del Decreto 4433 de 2004, al señalar como partida computable de la asignación de retiro la prima de antigüedad remite a los porcentajes previstos por el artículo 18 ejusdem, que en el numeral 18.3.7, dictamina que el valor del aporte a CREMIL sobre el factor bajo estudio sea liquidado sobre el 38.5%, a partir del año 11 de servicio.

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

¹⁸ C.E. Secc. Segunda. Sent. 2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19. Abr. 25/2019. M.P. William Hernández Gómez.

como profesionales, será el equivalente a un salario mínimo adicionado en un 60%, por lo expuesto en el punto anterior.”

3.4.4 Inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad

En la mencionada sentencia de unificación se realizó el estudio de la vulneración al derecho a la igualdad, toda vez que el demandante consideraba que dicha partida debía computarse en la asignación de retiro de los soldados profesionales, tal y como se hace en la de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

Al respecto el Consejo de Estado señaló que:

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

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

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

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

En conclusión no existe vulneración alguna teniendo en cuenta que se trata de grupos de diferentes, como lo son los oficiales, suboficiales y soldados profesionales, que se encuentran en situaciones de jerarquía distinta. Además, que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre las diferentes partidas, pues existen diferencias entre los aportes que realizan de los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales de la institución.

3.5. Hechos probados

Los medios probatorios documentales obrantes en el expediente aportados en copia simple serán valorados acogiendo el criterio jurisprudencial del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹⁹, pues no fueron objeto de tacha.

Por medio de la prueba documental aportada en el expediente encuentra la Sala acreditado en lo que resulta relevante para el estudio del recurso de alzada, lo siguiente:

A partir de la hoja de servicios del señor Rafael Quisaboni Ortega encuentra la Sala acreditado que el mismo estuvo vinculado al Ejército Nacional durante 20 años y 6 meses, inicialmente en condición de soldado regular, posteriormente como soldado voluntario, luego fue incorporado como soldado profesional a partir del 1 de noviembre de 2003 (folio 10).

Que a través de la Resolución No. 140 del 10 de enero de 2017 le fue reconocida la asignación de retiro, a partir del 28 de febrero de 2017 (folio 8 y 9).

Mediante petición radicada ante la entidad demandada el 12 de diciembre de 2017, el demandante solicitó el reajuste de la asignación de retiro en un 60% y la correcta liquidación de la prima de antigüedad (folio 2 a 5), solicitud que fue negada con el oficio No. 0084010 del 21 de diciembre de 2017 (folio 6 y 7).

A través de la Resolución No. 14161 del 28 de mayo de 2018, la entidad demandada ordenó el incremento de la asignación básica del demandante en un 20% a partir del 28 de febrero de 2017 con su respectiva incidencia en la asignación de retiro (fls. 63 y 64).

¹⁹Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2013, proferida dentro del expediente 25022, Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero.

Según el “Complemento Hoja de Servicio No. 3-12240427” (fl. 53 v/to) las partidas computables de la asignación de retiro del demandante según el salario del año 2016 son las siguientes:

Descripción	Porcentaje	Valor
SUELDO BÁSICO	SMLV+60%	965.237
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	38.5%	371.616
SUBSIDIO FAMILIAR	(4%) (30%)	180.982

3.6. Caso concreto

Conforme se registró en precedencia, el actor solicitó la nulidad del oficio No. 0084010 del 21 de diciembre de 2017, que negó el reajuste de la asignación de retiro.

Como restablecimiento del derecho pretende se ordene a la demandada liquidar la asignación de retiro con base en una asignación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% conforme al inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, acorde a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, se aplique de forma correcta el 70% de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad que se liquida sobre el 100% del salario, el reajuste del subsidio familiar y la inclusión de la doceava parte de la prima de navidad.

De los antecedentes administrativos aportados al expediente, se logra establecer que:

El demandante según hoja de servicios que obra a folio 81 prestó sus servicios así:

Grado	Fecha de inicio	Fecha de finalización
Soldado Regular	22 de mayo de 1996	10 de noviembre de

		1997
Soldado voluntario	1 de febrero de 1998	31 de octubre de 2003
Soldado profesional	1 de noviembre de 2003	30 de noviembre de 2016
Asignación de retiro tres meses de alta	30 de noviembre de 2016	28 de Febrero de 2017

Le fue reconocida la asignación de retiro a través de la Resolución No. 140 de 10 de enero de 2017, señalando que su reconocimiento y pago se haría a partir del 28 de febrero de 2017, de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 2552 del 30 de diciembre de 2015) indicado en el numeral 13.2.1. (Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000) adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad²⁰.

Ahora bien, según el documento allegado en legal forma al expediente denominado "Complemento Hoja de Servicio" No. 3-12240427, al demandante se le ajustó su salario en un 20% adicional y sobre este se liquidó la prima de antigüedad en un 38.5%, es decir que, en principio, cumplió con la regla de unificación del Consejo de Estado, la cual señala que el porcentaje de la prima de antigüedad se debe liquidar sobre el 100% del salario, pero como lo afirmó la apoderada de la entidad demandada, sobre la asignación básica computada con la prima de antigüedad se aplicó un 70%, afectando así la prima de antigüedad; interpretación que no se acompasa con lo señalado por el órgano de cierre de esta jurisdicción, pues la prima de antigüedad no puede verse disminuida al reconocerse un 70% de la misma.

Así las cosas, al observar la documental obrante dentro del plenario que esboza la forma de liquidación de la asignación de retiro del demandante, de la cual se concluye que se dio una errónea aplicación al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, pues se aplicó un 70% sobre la prima de antigüedad.

²⁰ Folios 8 y 9

En esa medida, observa la Sala, que la entidad debe aplicar la norma aludida que gobierna las asignaciones de retiro del personal de soldados profesionales del Ejército Nacional que se retiran o son retirados del servicio, calculando el porcentaje de la prima de antigüedad a partir del valor del 100% del salario mensual, que la ley prevé, protegiendo el derecho que le asiste al actor a que su asignación de retiro se liquide el 70% del salario mensual, adicionado 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, liquidada sobre el 100% del salario, sin que esta sea afectada por otro porcentaje, en consecuencia, **se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar la nulidad del acto administrativo demandado en cuanto negó la reliquidación de la prima de antigüedad y se revocará el numeral cuarto de la misma que negó el ajuste de la prima de antigüedad en la asignación de retiro** del demandante, con el fin de ordenar el siguiente restablecimiento del derecho:

Se ordena a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reajustar la asignación de retiro del Soldado Profesional Rafael Quisaboni Ortega tal como lo ordena el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es aplicando la siguiente liquidación: $\text{Asignación de Retiro} = (\text{SMLMV} + 60\% * 70\%) + (100\% \text{ del salario} * 38.5\%)$, esta última que corresponde a la Prima de Antigüedad, las diferencias de las mesadas serán actualizadas con la formula descrita en la sentencia de primera instancia.

Aclara la Sala que no hay lugar a declarar prescripción de mesadas, pues la asignación de retiro del demandante fue efectiva a partir del 28 de febrero de 2017 y la solicitud de ajuste se presentó el 12 de diciembre de 2017 (fl. 2), es decir dentro de los tres años que señala el Decreto 4433 de 2004.

En resumen, no le asiste razón al recurrente, al señalar que se debe revocar la decisión de primera instancia, pues como se observa en lo relacionado con el reajuste de la prima de antigüedad en la asignación de retiro del demandante, la entidad demandada afecta doble vez dicha partida computable al aplicarle un porcentaje del 70% a la totalidad de la operación aritmética.

3.6.1 Duodécima parte de la prima de navidad

De otro lado, es menester determinar si hay lugar a incluir como partida computable en la asignación de retiro del demandante la denominada prima de navidad en una doceava parte, apelando al principio de igualdad establecido en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, toda vez que la misma es reconocida a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

Ciertamente, el artículo 95 del Decreto 1211 de 1990, dispone: *“Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a percibir anualmente del Tesoro Público una prima de Navidad equivalente a la totalidad de los haberes devengados en el mes de noviembre del respectivo año, de acuerdo con su grado o cargo”*.

A su vez, el artículo 5º del Decreto 1794 de 2000, preceptúa que: *“El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho a percibir anualmente una prima de navidad 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 pagará en el mes de diciembre de cada año”*.

Es decir que, tanto los soldados profesionales como los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares devengan en actividad una prima de navidad. Sin embargo, se evidencia que la forma en que se liquida la mencionada prestación para cada una de estas categorías de funcionarios, es diferente.

Los oficiales y suboficiales perciben una prima de navidad equivalente a **todos los haberes devengados en el mes de noviembre** del respectivo año, mientras los soldados profesionales devengan la mentada prima teniendo en cuenta tan solo **el cincuenta por ciento del salario básico devengado en el mes de noviembre**.

Ahora bien, al momento de reconocer la asignación de retiro de los mencionados miembros de las Fuerzas Pública, también se presentan ciertas divergencias.

El numeral 1º del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece como partida computable en la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, las siguientes:

"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.**" (Negrilla y subrayado fuera del texto)*

De otro lado, el numeral 2º del mencionado precepto señala como partidas computables en la asignación de retiro de los soldados profesionales, las siguientes:

"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”.

El párrafo único del artículo ibídem dispone que: *"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."*

De conformidad con los preceptos anteriormente transcritos, no resulta jurídicamente viable acceder a lo pretendido por el demandante en razón a que la prima de navidad no fue reconocida en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales.

De otro lado, no existe un trato diferenciado al incluir la prima de navidad en las asignaciones de retiro de suboficiales y oficiales, pero no a los soldados profesionales.

En primera medida, es menester aclarar que en términos de la Corte Constitucional: *"no toda distinción de trato involucra la existencia de un componente discriminatorio"*, y por ello ha reiterado que, *"la Constitución no prohíbe el trato desigual sino el trato discriminatorio"*, puesto que el primero resulta incluso obligatorio en ciertos supuestos, mientras el segundo establece diferencias sin justificación válida²¹.

Ahora bien, en reciente pronunciamiento, el Tribunal Constitucional determinó la forma en que se debe realizar el análisis de una norma, en virtud de un supuesto desconocimiento del principio de igualdad, al identificar las ventajas y debilidades del test de proporcionalidad utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el test de igualdad que desarrolló la Corte Suprema de

21 C. Const., Sent. C-161, abr. 7/2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

Estados Unidos, a fin de adoptar el denominado "juicio integrado de igualdad"²².

También, esa alta corporación definió el proceso para la aplicación del mencionado juicio, en los siguientes términos:

"El juicio integrado de igualdad se compone entonces de dos etapas de análisis. En la primera, (i) se establece el criterio de comparación, patrón de igualdad o tertium comparationis, es decir, se precisa si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza. En esta parte, asimismo, (ii) se define si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales.

Una vez establecida (iii) la diferencia de trato entre situaciones o personas que resulten comparables, se procede, como segunda parte de este juicio, a determinar si dicha diferencia está constitucionalmente justificada, esto es, si los supuestos objeto de análisis ameritan un trato diferente a partir de los mandatos consagrados en la Constitución Política. Este examen consiste en valorar los motivos y razones que fueron expresados para sustentar la medida estudiada y para obtener la finalidad pretendida. Para tal efecto y como metodología se analizan tres aspectos: (a) el fin buscado por la medida, (b) el medio empleado y (c) la relación entre el medio y el fin. Según su nivel de intensidad, este juicio puede tener tres grados: estricto, intermedio y leve. Para determinar cuál es el grado de intensidad adecuado en el examen de un asunto sometido a revisión, este Tribunal ha fijado una regla y varios criterios, los cuales se explicarán a continuación."²³

En el caso bajo estudio es del caso aplicar el juicio integrado leve de igualdad, toda vez que no se presentan ninguna de las siguientes circunstancias: (i) criterios sospechosos a los que alude el artículo 13 de la Constitución (sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica), (ii) grupos históricamente marginados o discriminados, o (iii) sujeto en condición de debilidad manifiesta.

Una vez expuesto el método a aplicar en la presente providencia, procede la corporación al estudio del caso concreto, a fin de determinar si el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 soslaya el derecho a la igualdad del demandante como

22 C. Const, Sent. C-035, feb. 8/2016. M.P Gloria Stella Ortiz Delgado

23 C. Const, Sent. C-104, mar. 2/2016 M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez

éste lo alega, o si, por el contrario, la diferenciación realizada en el mentado artículo resulta ajustada a la Carta Política.

Criterio de comparación

Las etapas del juicio integrado de igualdad pretenden establecer si los sujetos de derecho y supuestos de hecho son comparables, circunstancia que no se presenta en el sub iúdice, pues si bien, tanto soldados profesionales como oficiales y suboficiales pertenecen a las fuerzas militares, entre ellos existen evidentes elementos diferenciadores, entre los que se destaca las tareas, responsabilidades y deberes propios del cargo.

Así, es competencia de los soldados profesionales actuar en las unidades de combate y apoyo de las fuerzas y ejecutar las operaciones militares en aras de conservar y restablecer el orden público. De otro lado, los suboficiales son un mando medio con funciones de apoyo a los oficiales, quienes ejercen el mando y conducción de la tropa, los equipos de combate, las operaciones y unidades, lo que permite establecer que no hay equivalencia entre las funciones ejercidas por unos y otros.

Sumado a lo anterior, es del caso precisar que los oficiales y suboficiales tienen un sistema de ingreso y ascenso diferente, evidentemente mucho más estricto, puesto que desempeñan funciones de confianza, dirección y manejo que exige una mayor experiencia, capacidad y responsabilidad, circunstancias que a su vez se ven reflejadas en la asignación básica, las primas y demás prestaciones devengadas.

Por tanto, estamos ante un trato desigual entre desiguales, por lo que mal podría considerarse que existe un factor caprichosamente diferenciador, pues las circunstancias de hecho que han sido puestas de presente obligan a que sea de esa manera, al no tratarse de funcionarios equiparables. Ante tal

circunstancia, y teniendo en cuenta la segunda etapa del juicio integrado de igualdad, se observa que el trato desigual no es arbitrario e irracional, como pasa a exponerse.

Diferenciación constitucionalmente justificada

En esta etapa del juicio se deben analizar tres aspectos, veamos:

1. El fin buscado por la medida: El cual evidentemente no es otro que reconocer una asignación de retiro de mayor cuantía a quienes por sus funciones, calidades, conocimientos, competencias y responsabilidades, desempeñaron un cargo de mayor jerarquía.

2. Medio empleado: El medio empleado por el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, es establecer un mayor número de partidas computables en la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales en relación con los soldados profesionales.

3. Relación entre medio y fin: Ciertamente, al reconocer un mayor número de partidas computables en la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales, será proporcionalmente más elevada en relación con los soldados profesionales.

Ahora bien, por tratarse de un juicio leve de igualdad, este se debe limitar a establecer la legitimidad del fin y del medio, debiendo ser este último *"adecuado para lograr el primero, valga decir, verificar si dichos fin y medio no están constitucionalmente prohibidos y si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero"*²⁴.

²⁴ C. Const., Sen. C-015 ene. 23/2014 M.P. Mauricio González Cuervo.

En tal caso resulta constitucionalmente admisible que se remunere en mayor medida a quienes por sus calidades, cualidades y competencias se les ha asignado funciones con mayor envergadura y responsabilidades, contrario sensu: *"quienes ocupan el mismo cargo, desarrollan las mismas funciones y demuestran tener las mismas competencias o habilidades para cumplir con la tarea que se les ha encomendado, deben percibir la misma remuneración, toda vez que no existen, en principio, razones válidas para tratarlos de forma distinta".*²⁵

Por tanto, quienes ocupan un cargo de mayor jerarquía, desarrollan funciones con exigencias competencias o habilidades especiales, tienen derecho a percibir en contraprestación a sus servicios una mayor remuneración, circunstancia que finalmente se verá reflejada en la asignación de retiro.

En consecuencia, se trata de un fin y medio constitucionalmente válido e incluso conforme a los mandatos superiores, sumado a que el segundo resulta idóneo y adecuado para conseguir el primero, motivo por el cual es del caso concluir que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 supera el juicio integrado de igualdad, en consecuencia, no hay lugar a inaplicarlo por resultar constitucional.

Razonar de la forma en que lo hace el demandante sería tanto como considerar que ante cualquier diferenciación salarial y prestacional en cargos de distinta jerarquía se estaría violentando el derecho a la igualdad, máxime cuando, como quedó visto en precedencia, las diferenciaciones en la remuneración percibida por un soldado profesional, un oficial y suboficial se encuentran presentes desde el servicio activo, toda vez que la prima de navidad para los primeros es equivalente al 50% de la asignación básica y, en el caso de los segundos, es igual al 100% de la totalidad de haberes devengados en el mes de noviembre de cada año.

²⁵ C. Const., Sen T-369, jul. 12/2016 M.P María Victoria Calle Correo

De conformidad con lo anteriormente expuesto, es del caso revocar la decisión adoptada por la autoridad de primera instancia, en el sentido de negar a las pretensiones de la demanda en relación con la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro y/o pensión, acogiendo los planteamientos efectuados, máxime que la misma posición fue unificada recientemente en providencia del Consejo de Estado,²⁶ en el sentido de indicar que las partidas computables son únicamente enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004.

IV. COSTAS

4.1.- Costas en primera instancia

En la sentencia de primera instancia, el *A quo* no condenó en costas a la parte demandada, decisión respecto de la cual no se presentó reparo concreto, en consecuencia permanecerá incólume, atendiendo al principio de congruencia en las decisiones judiciales.

4.2.- Costas en segunda instancia

Es preciso señalar que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó el criterio subjetivo que venía imperando en materia de condena en costas²⁷ para acoger, en principio, la valoración objetiva frente a su imposición, liquidación y ejecución, tal y como se advierte de lo dispuesto en el artículo 188 de dicho estatuto²⁸, preceptiva que remite a las

²⁶ C.E, Sec. Segunda, Sent. 2013-0026-01 (1701-2016), abr. 25/2019. M.P William Hernández Gómez.

²⁷ Erogaciones económicas que se constituyen en los gastos en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar adelante la posición que detenta, tales como gastos ordinarios, cauciones, honorarios a auxiliares de la justicia, publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina como expensas. Así mismo, se comprenden los honorarios del abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho. (Artículos 361 y ss. CGP).

²⁸ "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."

normas del Código General del Proceso, normativa que en su artículo 365²⁹ consagra los elementos que determinan la imposición de costas así: *i) objetivo* en cuanto a que toda sentencia decidirá sobre las costas procesales, bien sea para condenar total o parcialmente o, en su defecto, para abstenerse y *ii) valorativo* en el entendido de que el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso.

El artículo 365 del C.G.P. (Ley 1564 de 2012), señala las reglas para la determinación de la condena en costas, así:

"(...)

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva de desfavorablemente el recurso apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además en los casos especiales previstos en este código.

2. 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.

(...)

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

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

²⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda- Subsección B, sentencia del 27 de enero de 2017, Radicación: 54001-23-33-000-2012-00053-01(2400-14), C.P. Carmelo Perdomo Cuéter; Sección Cuarta, Consejero Ponente: Julio Roberto Piza Rodríguez, providencia del 21 de junio de 2018, radicación número: 05001-23-33-000-2012-00148-01(21898); Sección Cuarta, Consejero Ponente: Milton Chaves García, sentencia de 21 de junio de 2018, radicación número: 19001-23-33-000-2013-00442-01(22017); Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, providencia de 5) de julio 2018, radicación Número: 11001-03-15-000-2018-01606-00(Ac); providencia del 27 de enero de 2017, proferida dentro del expediente con radicación número: 54001-23-33-000-2012-00053-01(2400-14); providencia del ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018), radicación: 25000234200020120074201 (3695-2016)

(...)

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

(...)"

Del anterior análisis se colige que el asunto se subsume en los numerales 3 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), pues como primera medida, la sentencia de primera instancia accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda; y como segunda, el legislador dispuso que "*Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*".

Por lo que una vez revisado el expediente, se advierte, que en esta instancia no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen que efectivamente se ocasionaron erogaciones que conlleven a la imposición de costas en segunda instancia. Por lo tanto, no procede la condena en ese sentido.

En mérito a lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Huila, Sala Quinta de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

V. RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR PARCIALMENTE los numerales primero, segundo, cuarto y quinto de la sentencia proferida el 29 de abril de 2019, por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, la cual quedara así:

"PRIMERO: Declarar la nulidad del oficio no. 0084010 del 21 de diciembre de 2017 proferido por la Caja De Retiro de las Fuerzas militares – CREMIL, de conformidad con las razones expuestas.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho **SE ORDENA** a la Caja De Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL a reliquidar y pagar en favor del señor Rafael Quisaboni Ortega, su asignación de retiro en los siguientes términos:

Reajustar la asignación de retiro en el sentido de liquidar la prima de antigüedad tal como lo ordena el artículo 13 Numeral 13.2 del Decreto 4433 de 2004 esto es aplicando la siguiente liquidación: (Salario básico x 70%) + (salario básico x 38.5%) = asignación de retiro, a partir del 28 de febrero de 2017, fecha en que se adquirió el derecho, las diferencias de las mesadas serán actualizadas con la formula descrita por la Jurisprudencia del Consejo de Estado.

En consecuencia de lo anterior reliquidar todas y cada una de las partidas computables que hacen parte integrante de la asignación de retiro del actor, teniendo en cuenta la nueva base de liquidación generada por la aplicación de la formula antes señalada.

TERCERO: NEGAR el reajuste por concepto de la doceava parte de la prima de navidad y el incremento del porcentaje del subsidio familiar, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo los demás la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas.

TERCERO: SIN condena en costas en esta instancia.

CUARTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, una vez hechas las anotaciones en el software de gestión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Quinta de Decisión en la sesión de la fecha.



BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS
Magistrada



GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado



JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
Magistrado