**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA**

***Magistrada ponente: Beatriz Teresa Galvis Bustos***

Neiva, veinticuatro (24) de abril de dos mil veinte (2020)

| | | |
|---|---|---|
| **Ref. Expediente** | **:** | **410013333004-2019-00019-01** |
| **Demandante** | **:** | **FREDDY ARCE** |
| **Demandado** | **:** | **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL** |
| **Asunto** | **:** | **REAJUSTE PENSIÓN DE INVALIDEZ CON PRIMA DE NAVIDAD Y SUBSIDIO FAMILIAR** |
| **Acta** | **:** | **019** |

**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 demandada contra la sentencia del 16 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, que **negó** 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 pensión de invalidez, con la inclusión del subsidio familiar y la prima de navidad, que percibe el actor por parte de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, 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 Freddy Arce, 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 Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, con el fin que se hagan las siguientes[1]:

> *"1. Que se declare la NULIDAD del oficio No. 20183111530591 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 de fecha 15 de agosto del 2018, en virtud del cual* ***se negó el reajuste de la pensión por invalidez*** *que actualmente devenga mi representado, al* ***dejar de incluir el subsidio familiar,*** *así mismo como la nulidad del acto administrativo ficto o presunto configurado por el silencio administrativo relacionado con la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad; como partidas computables dentro la pensión de invalidez.*
>
> *2. Que como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del Derecho, la Nación – Ministerio de Defensa Nacional-*

[1] fols. 2

*Ejército Nacional, disponga el reajuste de salarios, prestaciones sociales y de la pensión por invalidez a favor del señor Freddy Arce, con fundamento en las siguientes causales, las cuales sustento más adelante:*

*2.1. Reajuste por **violación del derecho fundamental a la igualdad** consagrado en el artículo 13 de la Constitución Nacional, **al dejar de incluir la duodécima parte de la prima de navidad,** liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha de retiro, como partida computable para la pensión por invalidez de los soldados profesionales, cuando a todos los demás miembros de las fuerzas militares, tanto civiles como militares, se les tiene en cuenta en la liquidación respectiva.*

*2.2. 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 pensión por invalidez de los soldados profesionales, cuando a todos los demás miembros del ministerio de defensa nacional, así como de las fuerzas militares, tanto civiles como militares, se les tiene en cuenta como factor en la liquidación de la asignación de retiro.*

*3. Que se disponga el pago del reajuste del retroactivo pensional desde la fecha de reconocimiento de la pensión por invalidez 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 expuso[2] los siguientes:

**1.2.1.** Indicó el actor que se vinculó a las filas del ejército nacional desde el **8 de enero de 1999 hasta el 30 de octubre de 2010 cuando obtuvo pensión por invalidez**, ostentando el grado de Soldado Profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de la Fuerza Militar.

**1.2.2.** Mediante Resolución No. 3301 del 27 de agosto de 2013, el Ministerio de Defensa Nacional, le reconoció al actor pensión por invalidez, dicha prestación económica tuvo en cuenta el 85% del salario mensual y el 43.2% de la prima de antigüedad.

[2]fols. 4 a 5

**1.2.3.** El demandante solicito ante la demandada la reliquidación de la pensión de invalidez con la inclusión del subsidio familiar y la inclusión de la doceava parte de la prima de navidad, conforme lo señala el Decreto 4433 de 2004.

**1.2.4.** La entidad demandada con oficio No. 20183111530591 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 de fecha 15 de agosto del 2018, negó la reliquidación solicitada.

**1.3. Normas violadas y concepto de la violación[3]**

La parte demandante señaló como violadas las disposiciones contenidas en el preámbulo, los artículos 13 y 53 de la Constitución Política; el Decreto 4433 de 2004.

Como sustento de lo anterior, indicó que desde que fue reconocida la pensión de invalidez al actor, la demandada viene liquidando la prestación sin la inclusión del subsidio familiar, ni la doceava parte de la prima de navidad, cuando lo correcto sería según lo ordenado por el Decreto 4433 de 2004 que se hubiera aplicado el 100% del subsidio familiar y se reconociera una doceava parte de la prima de navidad conforme lo establece el artículo 13 de la citada norma.

Considera que la norma es violatoria del principio de igualdad pues a las 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 al vulnerarse el 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**

[3] Folio 5 a 22

**2.1. Radicación, admisión y notificación de la demanda**

La demanda fue presentada el 18 de enero de 2019 ante la Oficina Judicial de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Neiva (fl. 37 principal), correspondiéndole por reparto al Juzgado Cuarto Administrativo de Neiva, despacho judicial que mediante auto del 1 de febrero de 2019 la admitió y ordenó las notificaciones de rigor (folio 39).

La diligencia de notificación se surtió a la dirección electrónica para notificaciones judiciales de la Nación – Ministerio de Defensa, de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público de conformidad con la documental que obra a folio 44 a 46.

**2.2. Contestación de la demanda**

**2.2.1. Nación – Ministerio de Defensa**

Mediante escrito de 14 de mayo de 2019[4], el apoderado de la entidad señala que no le asiste razón al actor en sus pretensiones, por cuanto en materia pensional el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 no prevé la inclusión del subsidio familiar en las en las partidas que deben tenerse en cuenta para la liquidaron de las pensiones de invalidez de los soldados profesionales, pues taxativamente indica como partidas computables el salario mensual y la prima de antigüedad.

Es así como señaló que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 en concordancia con el artículo 13 del mismo estatuto, dispone que la asignación de retiro de los soldados profesionales se liquida exclusivamente sobre los porcentajes respectivos aplicados al salario básico y la prima de antigüedad, sin que sea procedente la inclusión de partidas distintas a las ya señaladas, como el subsidio familiar y la prima de navidad que reclama el demandante. Sumado a lo anterior, precisó que existe prohibición expresa de incluir primas, subsidios y/o partidas computables distintas a las que taxativamente consagra la ley.

[4] Folios 56 a 71

Concluyó que, de los planteamientos expuestos, se colige que la entidad actuó conforme a derecho y los actos administrativos proferidos gozan de presunción de legalidad.

**2.3. Audiencia inicial**

A través de providencia del 25 de junio de 2019 (folio 90), 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 16 de octubre 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. Se fijó el litigio a partir de los presupuestos fácticos de la demanda planteando el problema jurídico en establecer si la parte actora tiene derecho al reajuste de la pensión de invalidez, con la inclusión del subsidio familiar y la doceava parte de la prima de navidad teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

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 término a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión en la audiencia.

**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 del 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 la normativa aplicable al caso que no advierte la inclusión de la partida de subsidio familiar y en lo que respecta a la prima de navidad esta 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 16 de octubre de 2019[5], negó las pretensiones de la demanda, en la que resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR PROBADAS** las excepciones de mérito propuestas por la entidad accionada denominadas: i) legalidad del acto demandado – partidas comprables, ii) inaplicabilidad del artículo 13.1 del Decreto 4433 de 2004, iii) principio de favorabilidad, iv) relatividad del derecho a la igualdad y v) ausencia de causales de nulidad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO.- NEGAR** las pretensiones de la demanda.*
>
> ***TERCERO.- CONDENAR** en costas a la parte demandante. Liquídense por secretaria.*
>
> *Abstenerse de fijar agencias en derecho en esta instancia, atendiendo el criterio cuantía y el objetivo colorativo descrito en el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 y la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, arriba anotada.*
>
> ***CUARTO.-** en firme la presente providencia, archívese el expediente, una vez hechas las anotaciones en el Software de Gestión Justicia Siglo XXI, igualmente expídanse las copias de que rata el articulo 114 inc 2 del CGP.".*

El A quo refirió que en el presente caso no sería procedente el reajuste de la pensión de invalidez del actor, pues consideró que tanto el subsidio familiar como la prima de antigüedad no deben ser incluidos en la liquidación de dicha prestación pues, el Decreto 4433 de 2004 es taxativo al indicar cuales partidas deben tomarse en cuenta para liquidar la pensión de invalidez y en ningún caso incluye el subsidio familiar y la duodécima parte de la prima de navidad para los soldados profesionales.

Consideró que no hay vulneración del principio de igualdad, pues al aplicar el criterio de comparación, no es válido asemejar a los miembros de las

[5] fols. 108 a 112

fuerza militares como iguales pues esa precisamente es la importancia de su condición o grado.

## 2.6. El recurso de apelación

Mediante escrito del 3 de diciembre de 2018[6], el apoderado de la *parte actora*, allegó escrito de apelación solicitando se revoque 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 pensión de invalidez que actualmente devenga en aplicación a lo normado en el Decreto 4433 de 2004, toda vez que el Juez de primera instancia no ordenó el reajuste de la pensión de invalidez, en cuanto a la inclusión del subsidio familiar como partida computable y la prima de navidad a fin de que se incluyan en la cuantía devengada en aplicación del derecho de igualdad contemplado en el artículo 13 de la Constitución Nacional.

Consideró que resultaba evidente el trato diferencial y 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 constitución encuentra la vulneración abierta de dichos preceptos cuando claramente no existe un fundamento racional y objetivo que permita el reconocimiento de dicha prestación al personal de oficiales y suboficiales y negárselo al de soldados profesionales.

## 2.7. Alegatos de conclusión en segunda instancia

El 13 de noviembre de 2019, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Neiva concedió el recurso de apelación[7], el cual fue admitido por el Tribunal el 23 de enero de 2020[8].

[6] Fls. 131 a 139
[7] Folio 116 cdno. ppal.
[8] Folio 4 cdno. Segunda Instancia

Mediante auto del 6 de febrero de 2020[9], 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 12 de febrero de 2020[10] alegó de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación interpuesto.

### 2.7.2. Parte demandada

A través de escrito radicado el 17 de febrero de 2020[11] alegó de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

## 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 16 de octubre de 2019, en donde se negó el reajuste de la pensión de invalidez del actor con la inclusión de la prima de navidad y subsidio familiar de que trata el decreto 4433 de 2004.

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.*

[9] Folio 9 C 2 Instancia
[10] Folio 14 a 18 cdno. Segunda Instancia
[11] Folio 28 cdno. Segunda Instancia

*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 se controvierte la nulidad del oficio No. 20183111530591 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 15 de agosto del 2018, mediante el cual la Entidad demandada negó el reajuste de la pensión de invalidez con la inclusión del subsidio familiar y la la duodécima parte de la prima de navidad.

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

Por su parte, *la Nación – Ministerio de Defensa Nacional,* aduce que aplicó correctamente la fórmula de liquidación de la pensión por invalidez y en cuanto al subsidio familiar y a la prima de navidad no hay lugar a reconocimiento pues el mismo no está dado 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* negó las pretensiones de la demanda, al considerar que la norma aplicable al caso concreto estableció que tanto el subsidio familiar como la prima de antigüedad no deben ser incluidos en la liquidación de la asignación de retiro y la pensión de invalidez, el Decreto 4433 de 2004 es taxativo al indicar cuales partidas deben tomarse en cuenta para liquidar dichas prestaciones, como son, la asignación básica y la prima de antigüedad y en ningún caso incluye el subsidio familiar y la duodécima parte de la prima de navidad para los soldados profesionales.

La parte *demandante* inconforme con la decisión la apeló, solicitando revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar se acceda a las prensiones de la demandada pues resalta que se observa de forma evidente el trato diferencial e incluso 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 y el subsidio familiar como partida computable para su asignación de retiro y pensiones de invalidez y sobrevivencia, mientras que para el personal de soldados profesionales se niega dicha posibilidad, sin razón aparente.

## 3.3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si existe mérito para revocar la sentencia objeto de alzada, a través de la cual el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Neiva negó las pretensiones de la demanda incoadas por el señor Freddy Arce, ordenando el reajuste de la pensión por invalidez.

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 se abordará el estudio del caso concreto.

## 3.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

### 3.4.1 De la pensión de invalidez del personal de las fuerzas militares

El Decreto 4433 de 2004, establece para Personal de Oficiales, Suboficiales y soldados de las Fuerzas Militares y Oficiales, Suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Policía Nacional y alumnos de las escuelas de formación, el reconocimiento de una pensión de invalidez a quienes se les determine una disminución de la capacidad laboral mayor al 75%, así:

> *"ARTÍCULO 30. Reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez. Cuando mediante Junta Médico Laboral o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, al personal de Oficiales, Suboficiales, Soldados Profesionales y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares, y de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo, Agentes y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de la Policía Nacional se les determine una disminución de la capacidad laboral igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) ocurrida en servicio activo, tendrán derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio, mientras subsista la incapacidad, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o por la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso, liquidada de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan, con fundamento en las partidas computables que correspondan según lo previsto en el presente decreto:*
> *30.1 El setenta y cinco por ciento (75%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) e inferior al ochenta y cinco por ciento (85%).*
> *30.2 El ochenta y cinco por ciento (85%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) e inferior al noventa y cinco por ciento (95%).*
> *30.3 El noventa y cinco por ciento (95%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).*
>
> *PARÁGRAFO 1°. La base de liquidación de la pensión del personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio, será el sueldo básico de un Cabo Tercero o su equivalente en la Policía Nacional.*
>
> *PARÁGRAFO 2°. Las pensiones de invalidez del personal de Soldados Profesionales, previstas en el Decreto-ley 1793 de 2000 serán reconocidas por el Ministerio de Defensa Nacional con cargo al Tesoro Público.*
>
> *PARÁGRAFO 3°. A partir de la vigencia del presente decreto, cuando el pensionado por invalidez requiera del auxilio de otra persona para realizar las funciones elementales de su vida, condición esta que será determinada por los organismos médico laborales militares y de policía del Ministerio de Defensa Nacional, el monto de la pensión se aumentará en un veinticinco por ciento (25%). Para efectos de la sustitución de esta pensión, se descontará este porcentaje adicional".*

### 3.4.2 Del Subsidio Familiar

Respecto a la **partida del subsidio familiar** para los soldados profesionales, se tiene que el Decreto 1794 del 2000 lo estableció a favor de estos como emolumento a devengar en actividad, advirtiendo la Sala que dicha preceptiva nada dijo acerca de su inclusión en la asignación mensual de retiro de este personal, así lo estipuló:

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

Respecto al derecho a la asignación de retiro y pensión de invalidez, el Decreto 4433[12] de 2004 dispuso lo siguiente:

> *"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 6° 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."*

> *"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*

[12] "Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública."

> *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."*

Es así que la normatividad **no estableció el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales**, toda vez que sobre este factor este personal no realiza aportes para efectos de la asignación de retiro, como se desprende del artículo 18, que señaló:

> *"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 1° de enero de 2005 y, adicionalmente, otro cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1° 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."*

Así las cosas, el Decreto 4433 de 2004 ordenó que los soldados profesionales realizarían aportes sobre el salario mensual y la prima de antigüedad, razón por la cual, dispuso que sus asignaciones de retiro deberían ser reconocidas y liquidadas con la inclusión del salario mensual y, la prima de antigüedad como factores que la conforman.

Posteriormente, se expidió el **Decreto 1161 de 2014[13] que creó el subsidio familiar a los soldados profesionales** e infantes de marina profesionales que no percibieran dicha partida de conformidad con los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, el reconocimiento estaba sujeto a la asignación básica, así:

> *"a. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente, más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c. de este artículo.*
> *b. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales viudos siempre y cuando hayan quedado a cargo de los hijos habidos dentro del matrimonio o dentro de la unión marital de hecho, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c. del presente artículo.*
> *c. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo. En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica.*
> ***PARÁGRAFO 1.** El subsidio familiar previsto en el presente artículo en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica de los soldados profesionales e infantes de marina profesionales."*

En el mismo decreto se indicó que a partir del 1° de julio de 2014 el subsidio familiar creado, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar las pensiones, en el 70% del valor que devengue en actividad.

Por su parte, el Decreto 1162 de 2014[14] ordenó incluir como partida computable el subsidio familiar a quienes de conformidad con los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009 se encontraban devengándolo. En este caso se incluirá en el 30% de lo devengado.

Por lo anterior, los **Decretos 1161 y 1162 de 2014 ordenaron la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro y pensión de invalidez** de los Soldados e Infantes de Marina Profesionales, en diferentes porcentajes, teniendo en cuenta la fecha en que les fue reconocido, así:

---

[13] **Por el cual se crea el subsidio familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales y se dictan otras disposiciones.**
[14] Por el cual se dictan disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares.

- Si el subsidio familiar le fue reconocido con ocasión al Decreto 1161 de 2014 se le tendrá en cuenta en un 70% de lo devengado en actividad – sobre el 26% de la asignación básica-.
- Si el subsidio familiar ya había sido reconocido con ocasión al Decreto 1794 de 2000 se tendrá en cuenta en el 30% de lo devengado en actividad – sobre el 62,5%.

**Posición Jurisprudencial**

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado sostuvo en reiterados pronunciamientos de tutela y de nulidad y restablecimiento del derecho[15], que el artículo 13 del Decreto 4433 del 2004 establecía un trato diferenciado y discriminatorio al incluir el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, sin que se observara causa constitucional razonable alguna que justificara que la misma se hubiese excluido de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

La anterior posición fue sustentada en que la finalidad del mentado subsidio es la de ayudar a los trabajadores que reciben menores ingresos para el sostenimiento de las personas a su cargo, por lo que resultaba desproporcionado, irracional e inconstitucional que se haya previsto de manera exclusiva este beneficio para los rangos superiores que devengan sueldos sustancialmente elevados respecto de los soldados profesionales, circunstancia que resulta inaceptable a la luz de los postulados de nuestra Constitución Política que proscribe cualquier tipo de discriminación sin justificación alguna.

El Consejo de Estado en **Sentencia de Unificación de la Sección Segunda** del Consejo de Estado, proferida el 25 de abril de 2019[16], señaló que las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:

---

[15] Véanse las siguientes sentencias de tutela dictadas por el Consejo de Estado: C.E. Sent. 20150000800 (AC). Abr. 29/2015. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. C.E. Sent. 20150000100 (AC). May. 28/2015 M.P. Alberto Yepes Barreiro. C.E. Sent. 20150000900 (AC). Nov. 12/2015. M.P. María Claudia Rojas Lasso. C.E. Sent. 20170105800 (AC). Jun. 23/2017. M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. C.E. Sent. 20170192200 (AC). Sept. 4/2017. M.P. William Hernández Gómez. C.E. Sent. 20170152700 (AC). Sept. 14/2017. M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. C.E. Sent. 20130014301 (3663-2014). Oct. 27/2016. M.P. Gabriel Valbuena Hernández.

[16] C.E. Sent. CE-SUJ2-015-19 20130023701(1701-16) M.P. William Hernández Gómez.

> *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."*

Lo anterior con base en el siguiente argumento: "Las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.", es así como la alta corporación indicó al respecto que, para efectos de dar aplicación al Decreto 4433 de 2004 que estableció la forma de liquidar las asignaciones de retiro tanto de los soldados profesionales e infantes de marina profesionales, como de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, se debe atender a los antecedentes de la referida ley, esto es, al debate del proyecto de ley 024 de 2004, el que señaló como una de sus finalidades consagrar:

> *"una concordancia entre las partidas sobre las cuales se aporta y las partidas sobre las cuales se liquida la asignación de retiro, atendiendo al principio general de seguridad social según el cual las prestaciones de carácter periódico en las cuales existe la obligación de aporte, por parte del servidor deben ser liquidadas con fundamento en aquellas partidas sobre las cuales se hace el aporte."*[17]

Así mismo, resaltó que la norma pretendía ratificar que los requisitos más importantes para acceder al derecho a la asignación de retiro son el tiempo de servicios prestado en calidad de miembro de la Fuerza Pública y el tiempo de aportes "*que comprende aquel sobre el cual el miembro de la Fuerza Pública en su calidad de servidor público adscrito al sector defensa ha hecho aportes con destino a la seguridad social.*"[18]

El alto tribunal sostuvo que de acuerdo a la finalidad de tal decreto, como fue expuesto en sus antecedentes, el artículo 13, en el cual se estableció la forma de integrar y liquidar las asignaciones de retiro de los miembros de las fuerzas militares, estaba en concordancia con los artículos 16 y 18, en los cuales se ordenan los aportes por parte, tanto de los oficiales y suboficiales, como de los soldados e infantes de marina profesionales, pues hay concordancia en estas disposiciones.

[17] Gaceta del Congreso núm. 578 del 28 de septiembre de 2004. Informe de ponencia para primer debate al proyecto de Ley 024 de 2004, Cámara. Página 3.
[18] Ibídem.

Por lo tanto, tales disposiciones normativas están en armonía con los principios constitucionales que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 de la Carta Política, inspiran la seguridad social, esto es, los de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Igualmente, integran en su contenido el principio de sostenibilidad financiera que fue incorporado a la Constitución Política mediante el Acto Legislativo 01 de 2005, el que estableció la relación de correspondencia entre el ingreso base de liquidación y los factores sobre los cuales efectivamente se realizaron aportes, cuando dispuso que "para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones", previsión que responde al principio de sostenimiento presupuestal.

En relación con la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro de los Soldados profesionales de conformidad con los Decretos 1161 y 1162 de 2014, **la sentencia de unificación concluye que:**

> *"185. Las normas en comento llevan a concluir que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004[19], para incluir el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales, de manera que, a partir de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, las partidas computables son las siguientes:*
> *- Salario mensual: en los términos del artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, esto es,*
> *- Prima de antigüedad: en porcentaje del 38.5%, según lo previsto por el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.*
> *- Subsidio familiar en porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009[20], y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida[21].*
> *186. Es de anotar que si bien con ocasión del Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, fue tan solo hasta la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 que tal partida se consagró como computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues con anterioridad a dicha fecha no existía disposición legal que así la contemplara.*
> ***187. En conclusión**, Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30%[22] para quienes al momento de su retiro estén*

[19] Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.
[20] Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.
[21] Artículo 5 del Decreto 1161 de 2014.
[22] Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

*devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000[23] y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida"*

En consecuencia, los soldados e infantes de marina profesionales que adquieran el derecho a la asignación de retiro y pensión de invalidez en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, tendrán derecho a la inclusión del subsidio familiar que venían devengando en actividad, pero teniendo en cuenta la fecha de reconocimiento y los porcentajes allí reseñados.

### 3.4.3 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, no existe vulneración a tal derecho 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.

Sobre lo anterior indicó 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, fijen 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*

[23] El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

*numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes"*

### 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 Administrativo[24], 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:

**1.** El señor Freddy Arce perteneció a las Fuerzas Militares y ostentó las siguientes vinculaciones (fls. 15)

| Categoría | Desde | Hasta |
|---|---|---|
| Soldado regular | 08/01/1999 | 01/07/2000 |
| Alumno Soldado Profesional | 01/04/2001 | 14/05/2001 |
| Soldado Profesional | 15/05/2001 | 30/10/2010 |

**2.** A la fecha del retiro del servicio, el demandante venía percibiendo los siguientes conceptos (fl. 62):

| Descripción | Porc. | Valor |
|---|---|---|
| Sueldo básico | | $721.000 |
| Subsidio Familiar | 4 | $403.760 |
| Prima Sol. Vol. | 52 | $374.920 |
| Bonordpuff | 25 | $180.250 |
| Seguro de Vida | | $ 9.805 |

**3**. A través de la Resolución 3301 del 27 de agosto de 2013, el Ministerio de Defensa Nacional, le reconoció al actor pensión por invalidez, teniendo

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

en cuenta el 85% del salario mensual adicionado con el 43.2% de la prima de antigüedad.

| Descripción | Valor |
|---|---|
| Sueldo Básico | $721.000 |
| Prima de Antigüedad | $161.965 |
| Salario Mensual | $882.965 |
| Porcentaje Pensión | 85% |
| Pensión Mensual de Invalidez | $750.520 |

El monto de la pensión mensual de invalidez corresponde a la suma del sueldo básico más el porcentaje de prima de antigüedad en un 85%, para un total de $750.520

**4.** Mediante petición del 20 de diciembre de 2017, el actor solicitó la reliquidación de la pensión de invalidez con inclusión de una doceava parte de la prima de navidad y el subsidio familiar (fl. 3 a 5)

**5.** Con oficio No. 20183111530591 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 15 de agosto del 2018, la Oficial Sección de Ejecución Presupuestal DIPER del Ministerio de Defensa negó la reliquidación solicitada.

**3.6 CASO CONCRETO**

A partir de la hoja de servicios del señor Freddy Arce encuentra la Sala acreditado que el mismo estuvo vinculado al Ejército Nacional durante 11 años, 1 meses y 16 días, inicialmente en condición de soldado regular y posteriormente como soldado profesional (folio 15).

Al actor le fue practicada Junta Medica Laboral No. 50650 del 3 de abril de 2012, revisada por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. 3289-4653-4814 del 26 de junio de 2013 (fl. 8), que le determinó una disminución de la capacidad laboral del 90.40%, por afección en el servicio pero no por causa y razón del mismo, enfermedad común y su retiro se produjo el 30 de octubre de 2010, según Resolución

de reconocimiento de pensión por invalidez No 3301 del 27 de agosto de 2013.

Ahora bien, es de precisar que el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 establece que el personal de las Fuerzas Militares a quienes se les determine una disminución de la capacidad laboral igual o superior al 90% ocurrida en servicio activo, tendrá derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicios, mientras subsista la incapacidad, a que el Tesoro Público le pague una pensión mensual, liquidada de conformidad con los porcentajes que allí se señalan, con fundamento en las partidas computables que correspondan según lo previsto en dicho decreto, que para el caso concreto y teniendo en cuenta el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del actor, que es del 90.40%, sería el 85% de dichas partidas.

Tal como lo expone en la Resolución No. 3301 del 27 de agosto de 2013, por medio de la cual fue reconocida la pensión por invalidez al actor (fls. 8 y 9), y en donde se señala que conforme a la situación médico legal calificada el factor pensional será del 85% conforme la disminución de la capacidad laboral.

**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 pensión por invalidez 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 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 parágrafo 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 válida[25].

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

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

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 Estados Unidos, a fin de adoptar el denominado "*juicio integrado de igualdad*"[26].

También, en reciente pronunciamiento 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."*[27]

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

---

26 C. Const, Sent. C-035, feb. 8/2016. M.P Gloria Stella Ortiz Delgado
27 C. Const, Sent. C-104, mar. 2/2016 M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez

**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"*[28].

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".*[29]

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.

---

[28] C. Const., Sen. C-015 ene. 23/2014 M.P. Mauricio González Cuervo.
[29] C. Const., Sen T-369, jul. 12/2016 M.P María Victoria Calle Correo

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.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, es del caso confirmar 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,[30] 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.

### 3.6.2 El Subsidio Familiar como partida computable dentro de la pensión por invalidez

Para el efecto se tiene que de la hoja de servicios del actor se observa que el mismo se encuentra en unión marital de hecho con la señora Etna Liliana Pascuas Figueroa quien es beneficiaria del subsidio familiar que el actor devengaba en actividad (fl. 15 v/to), subsidio que fue reconocido con

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

disposición No. 1705 del 30 de noviembre de 2008, advirtiéndose además que el demandante se retiró del servicio el 30 de octubre de 2010.

**Como se mencionó anteriormente**, en relación con la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro de los Soldados profesionales f**ue tan solo hasta la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 que tal partida se consagró como computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues con anterioridad a dicha fecha no existía disposición legal que así la contemplara.**

En consecuencia, de lo anterior solo los soldados e infantes de marina profesionales que adquieran el derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, pues fue a partir de tal año que esta partida se consagró por el legislador como computable para la asignación de retiro.

Por lo tanto, como el demandante obtuvo su pensión el **30 de octubre de 2010**, no es posible el reconocimiento de dicho subsidio como partida computable para la pensión de invalidez, pues como ya se dijo, fue sólo a partir del **1 de junio de 2014** con la entrada en vigencia del Decreto 1162 de 2014, mediante el cual se ordenó el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable para liquidar la **asignación de retiro** y **pensión de invalidez** de los soldados e infantes de marina profesionales, que surgió el derecho a contar con el subsidio como partida para la liquidación de la pensión y/o asignación de retiro, situación que para el caso en concreto no se materializó pues el retiro del servicio del actor fue en el año **2010**.

**4. Decisión**

En consecuencia, la Sala resolverá el problema jurídico planteado en el sentido de confirmar la sentencia objeto de alzada, conforme los razonamientos hechos en precedencia.

## V. COSTAS

**5.1.- 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.

**5.2.- 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 costas[31] 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 estatuto[32], preceptiva que remite a las normas del Código General del Proceso, normativa que en su artículo 365[33] 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:

*"(…)*

---

[31] Erogaciones económicas que se constituyen en los gastos en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar avante 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).

[32] "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."

[33] 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)

*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.*
*(…)*

***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,

## VI. RESUELVE

**PRIMERO**.- **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 16 de octubre de 2019 por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Neiva conforme lo expuesto.

**SEGUNDO: SIN** condena en costas en esta instancia.

**TERCERO:** 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**
**Magistrado**

**JOSÉ MILLER LUGO BARRERO**
**Magistrado**

**GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA**
**Magistrado**