



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

SALA SEXTA DE DECISIÓN

MAG. P.: Dr. JOSÉ MILLER LUGO BARRERO

Neiva, veintiséis (26) de marzo de dos veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
DEMANDANTE	NESTOR RAMÍREZ
DEMANDADO	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
PROVIDENCIA	SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA No. 36
RADICACIÓN	41-001-33-33-005-2017-00338-01
APROBADO EN SALA VIRTUAL	ACTA No. 015 DE LA FECHA

ASUNTO

Agotadas las etapas procesales correspondientes a la segunda instancia y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y demandada, contra la sentencia del 28 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Neiva, mediante la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1. LA DEMANDA (Fls. 21-30 C. Ppal.).

NESTOR RAMÍREZ, a través de apoderada judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho demanda la



nulidad de los oficios No. 0024399 del 1° de mayo de 2017 y 0038463 del 6 de julio de 2017, a través de los cuales la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES resolvió y confirmó su decisión de negar el reajuste de la asignación de retiro del demandante.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se ordene a la entidad el reconocimiento y pago el reajuste de la asignación de retiro en los siguientes términos:

“a. 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 POR RETIRO, AL TOMAR EQUIVOCADAMENTE LOS FACTORES Y PORCENTAJES A LIQUIDAR.

b. REAJUSTE POR FALTA DE APLICACIÓN DE LO ESTABLECIDO EN EL PARÁGRAFO SEGUNDO EL 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%.

c. REAJUSTE POR VIOLACION DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCION NACIONAL, AL DEJAR DE INCLUIR LA DUODECIMA PARTE DE LA PRIMA DE NAVIDAD Y AL INCLUIR EL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLES EN UNA CUANTÍA MUY INFERIOR A LA DEVENGADA POR LOS DEMÁS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES TANTO CIVILES COMO MILITARES SE LES TIENE EN CUENTA EN LA LIQUIDACIÓN RESPECTIVA Y EN LA CUANTÍA DEVENGADA EN ACTIVIDAD”

Adicionalmente solicita que se ordene el pago del reajuste del retroactivo pensional desde la fecha del reconocimiento de la asignación de retiro hasta su inclusión en la nómina de pagos, con la indexación

respectiva, el pago de intereses de mora y que se condene en costas a la entidad demandada.

1.1. Sustenta lo anterior en los siguientes HECHOS:

- Que se vinculó al Ejército Nacional como soldado regular el 20 de agosto de 1993 y al terminar el servicio militar obligatorio fue aceptado como soldado voluntario del Ejército Nacional a partir del 20 de abril de 1996.
- Por decisión del Ejército Nacional, al igual que todos los soldados voluntarios, pasaron a ser denominados *soldados profesionales* a partir del 1° de noviembre de 2003, por lo que su vinculación estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y posteriormente por el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.
- El demandante estuvo vinculado a la entidad durante más de 20 años, lo que le otorgó el derecho a disfrutar de una asignación de retiro a cargo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, la cual le fue reconocida mediante Resolución No. 649 del 2 de febrero de 2015.
- Afirma que revisada la Resolución que reconoce la asignación de retiro, se encuentra que la fórmula aplicada por la entidad demandada, no atiende lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, por el contrario aplica un doble porcentaje a la prima de antigüedad, al 38.5% sobre este rubro y se adiciona al 100% del sueldo básico y al total se le saca el 70%, es decir que a la prima de antigüedad se le aplica un doble porcentaje, primero el 38.5% y a valor restante se le saca el 70%, causando un perjuicio al demandante, generando una diferencia en su asignación de retiro.
- Por otra parte, señala que al 31 de diciembre de 2000 ostentaba la condición de soldado voluntario, por lo que adquirió el derecho a

devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% conforme lo establece el artículo 1° del Decreto 1794 del 14 de Septiembre de 2000, por lo que su salario no podía ser desmejorado.

- Que a partir de la fecha en que se denominó el grado del actor como “*soldado profesional*” se disminuyó su asignación mensual en un 20%, lo cual influyó en el reconocimiento de la asignación de retiro.
- En cuanto al subsidio familiar, señala que tiene derecho al reajuste de la asignación de retiro con esta partida en el mismo porcentaje que percibía mientras estuvo en actividad, pues considera que el Decreto 1162 de 2014 es inconstitucional por cuanto vulnera el derecho a la igualdad.
- En cuanto a la duodécima parte de la prima de navidad, señala que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares no lo incluyó como partida para establecer el monto de la asignación de retiro el cual fue devengado por el demandante.

1.2. Normas violadas y concepto de violación

Invoca los artículos 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política; artículos 138 y 159 a 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; artículo 10 de la Ley 4 de 1992; los Decretos 1793 y 1794 del 2000 y 4433 del 2004.

Sostiene que revisada la resolución proferida respecto al reconocimiento de la asignación de retiro, la fórmula aplicada no atiende lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y por el contrario se aplica un doble porcentaje a la prima de antigüedad, pues en primer lugar toma el 38.5% sobre este rubro y adiciona el 100% del sueldo básico para luego descontarle un 70%, causándole una desmejora en la cuantía de la asignación de retiro.

Señala que según lo establecido en el parágrafo 2° del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, se le debe reajustar la asignación salarial mensual tomada en cuenta en la asignación de retiro equivalente al salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% y asimismo, que conforme a lo reglado en el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000, el cual establece la obligación de respetar los derechos adquiridos y atender lo dispuesto en la Ley 4 de 1992, por lo que no se puede desconocer la asignación salarial mensual a la que tuvo el demandante desde su ingreso a la Institución.

Manifiesta que de la aplicación de lo establecido en los Decretos 4433 de 2004 y 1162 de 2014 en lo que hace relación al porcentaje que debe ser computado de la partida de subsidio familiar se evidencia un tratamiento desigual, entre los oficiales y suboficiales y los soldados profesionales de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 1162 de 2014, por lo que se deben inaplicar por inconstitucionales. Que el subsidio familiar se otorga a los trabajadores en razón a las contingencias propias del mantenimiento del hogar y a la crianza de los hijos, y tanto los oficiales y suboficiales al igual que los soldados necesitan de los recursos que por este concepto venían percibiendo para brindarle a sus familias una vida digna. Entonces, cuando a los soldados profesionales se les computa el 30% de lo que tenían reconocido al momento del retiro y a los oficiales y suboficiales el 85%, se está generando un trato discriminatorio y violatorio al derecho a la igualdad.

Aduce también violación al 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, cuando a los demás miembros de las fuerzas militares, tanto civiles como militares, sí se les incluye esta prestación y por ello, los soldados profesionales son objeto de discriminación por su simple condición, sin tomar en consideración las difíciles condiciones que deben afrontar mientras se encuentran en servicio activo, quedando en inferioridad de condiciones frente a los demás miembros de las Fuerzas Militares.



2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (Fls. 48-55 C. Ppal.).

La entidad demandada se opone a las pretensiones y en relación a los hechos manifiesta que acepta los relacionados con la actividad del demandante, el reconocimiento de la asignación de retiro y la conclusión del procedimiento administrativo.

Informa que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció al demandante asignación de retiro mediante la Resolución No. 649 del 2 de febrero de 2015, y que mediante derecho de petición el actor solicitó el reajuste del 20%, la reliquidación de la prima de antigüedad, el incremento del subsidio familiar y la inclusión de la 1/12 parte de la prima de navidad, siendo resuelto mediante oficio No. 2017-24399 del 11 de mayo de 2017 de forma desfavorable.

En cuanto al reajuste del 20% adicionado al salario básico mensual, señala que en consideración a lo dispuesto en sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016, El Ministerio de Defensa Ejército Nacional – Dirección de Personal en cumplimiento de la sentencia de unificación mencionada anteriormente radicó en esta Entidad, el cumplimiento de la Hoja de servicio del hoy demandante, según consecutivo No. 20178481 del 29 de septiembre de 2017, por medio del cual realiza el incremento del 20 % adicionado al salario básico mensual del militar, quedando aumentado del 40% al 60% tal como lo dispone el inciso 2° del artículo 1° del decreto 1794 de 2000.

En consecuencia la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares proferirá el correspondiente acto administrativo incorporando dicho incremento, para que aumente del 40% al 60%.

Sobre la prima de antigüedad, sustenta que de acuerdo al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe reconocerse la asignación de retiro



equivalente al 70% del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, por lo que la fórmula de liquidación que efectuó la entidad se encuentra ajustada a la norma.

En cuanto a la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro sostuvo que de conformidad con la normativa, dicha partida se estipuló para los oficiales y suboficiales, razón por la cual la entidad no liquidó este factor en la asignación mensual de retiro.

Afirma que de conformidad con el artículo 13 ibídem, numeral 13.2 las liquidaciones de los soldados profesionales deben realizarse teniendo en cuenta el salario mensual, la prima de antigüedad, sin que la norma de la posibilidad de contemplar la posibilidad de factores adicionales como la partida de la prima de navidad, adicionalmente señala que la 1/12 parte de la prima de navidad es un derecho que los soldados profesionales nunca han percibido, por tanto mal puede pretenderse que en retiro se reconozcan partidas computables que no fueron reconocidas en actividad.

En cuanto al subsidio familiar, sostuvo que fue a partir de la expedición de la Ley 923 de 2004 y su Decreto reglamentario 4433 del mismo año, se le dio oportunidad a los soldados profesionales de acceder a una asignación de retiro, modificándose sustancialmente lo establecido sobre el particular contenido en los decretos 1793 y 1794 de 2000.

Igualmente indica que mediante Decreto 1162 de 2014, se ordenó el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro de los soldados profesionales e infantes de Marina de las Fuerzas Militares, disposición que fue plenamente cumplida por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares tal como se pudo evidenciar en la Resolución de reconocimiento del demandante, por lo que no se desvirtúa la presunción de legalidad del acto demandado.

Por último, invoca la excepción de prescripción en el caso de que al actor le asistiera algún derecho con respecto a las pretensiones de la presente demanda.

Finaliza con argumentos de defensa referentes a la no configuración a la violación del derecho a la igualdad; legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, no configuración de la causal de nulidad y la no procedencia de la causal de falta motivación en las actuaciones realizadas por CREMIL.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fls. 127-128 C. Ppal.)

Mediante sentencia dictada el 28 de febrero de 2019, el Juzgado Quinto Administrativo de Neiva resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial de los actos administrativos, No. 0024399 del 11 de mayo de 2017 y 0038463 del 6 de junio de 2017, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a reconocer y pagar a favor del señor NESTOR RAMIREZ, la diferencia en la asignación mensual que resulte entre lo que se haya pagado por dicho concepto, conforme a las siguientes reglas:

- a) Reliquidar la asignación de retiro del actor, con el incremento del 20% por ciento teniendo en cuenta lo establecido en el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, y conforme se dijo en la parte motiva.
- b) Aplicar el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, advirtiendo que la fórmula es: $AR = (SM * 70\%) + (PA * 38.5\%)$, donde AR es Asignación de Retiro, SM es el Salario mensual y PA es la Prima de antigüedad, teniendo en cuenta que el salario mensual corresponde a un (1) salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), de conformidad al literal anterior.

TERCERO: Sin condena en costas, conforme lo indicado en la parte motiva.



CUARTO: *En firme la presente providencia, archívese el expediente, una vez hechas las anotaciones correspondientes, y expídanse las copias respectivas conforme a las reglas del C.G.P.*

El a quo sostuvo frente a la primera pretensión que teniendo en cuenta a que a folio 104 a 106 se allegó Resolución No. 2210 de 18 de enero de 2018, mediante la cual se ordenó el incremento del 20 % del sueldo básico como partida computable dentro de la asignación de retiro del demandante, con cargo al presupuesto de la entidad accionada a partir del 31 de enero de 2015 y ordena el pago de los reajustes resultantes a partir de la misma fecha, señaló que no existe certeza que dicha orden se haya materializado, y menos cuando no hay un pronunciamiento de la parte actora de desistimiento de dicha pretensión, razón por la cual accedió a dicha pretensión conforme a los precedente jurisprudenciales.

En cuanto a la pretensión segunda, prima de antigüedad señaló que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a través de la Resolución No. 2820 del 30 de septiembre de 2009, aplicando el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el cual dispone que la asignación mensual de retiro equivale al 70% del salario mensual adicionado a un 38.5% de la prima de antigüedad; sin embargo, observó que al efectuarse dicha liquidación, sumó el salario mensual y el porcentaje de la prima de antigüedad y sobre este resultado aplicó el 70%, lo cual consideró errado, pues el 70% solo equivale al salario mensual, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad y por ello, decidió acceder a esta pretensión.

En cuanto a la tercera pretensión, esto es, inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable en la asignación mensual de retiro encontró que no era ajustado a derecho reconocerla como partida en la asignación de retiro, pues el Decreto 4433 de 2004 prohibió la inclusión de primas, subsidios, bonificaciones o compensaciones que sean distintas al salario mensual y a la prima de antigüedad y que, además, el Consejo de Estado en sentencia del 6 de septiembre de 2017, rad. 110010315000201701906-00, advirtió que el

artículo 13 de la Constitución Política no se ve lesionado bajo estos supuestos, pues la determinación de no incluir la prima de navidad en la asignación de retiro no obedece a un trato desigual sino a lo previsto legalmente, distinto es que la misma disposición haya generado una diferenciación entre las partidas a tener en cuenta en la asignación de retiro de los soldados profesionales y la de los oficiales y suboficiales.

4. RECURSOS DE APELACIÓN.

4.1. Parte demandada (Fls. 126-127 C. Ppal.)

Reitera que actuó conforme a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, por lo que al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad de los actos demandados solicita que sea revocada la condena solo en la parte relativa al literal b) del inciso segundo, es decir, a reliquidar la asignación de retiro teniendo en cuenta la prima de antigüedad en un factor absoluto del 38.5%, puesto que la norma establecida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 señala que debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al 70% de: salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, para lo cual trae a colación la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 20 de septiembre de 2013 referencia No. 11000133350320120008601.

4.2. Parte demandante (Fls. 128-131 C. Ppal.)

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la parte actora apeló la sentencia señalando que el a quo negó el reajuste del subsidio familiar pues este se encuentra establecido como partida computable dentro de la asignación de retiro del demandante en el 30% de



lo devengado en actividad, además negó la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad en la asignación de retiro.

Frente a la pretensión de subsidio familiar precisó que en la demanda se solicitó el reajuste de la asignación de retiro con el reajuste del subsidio familiar pues se incluyó en cuantía del 30% de lo devengado en actividad en aplicación del Decreto 1162 de 2014, pues esta fue incluida en una cuantía muy inferior a lo que se les incluye a los oficiales y suboficiales, pues es claro que en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 se dispone la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro que devengada los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional, en el porcentaje devengado en actividad y con la decisión de a quo aún se continua con la vulneración de los derechos del demandante.

Adiciona que según sentencia del 8 de junio de 2017 del Consejo de Estado, C.P. Cesar Palomino Cortés, por medio de la cual se declaró con efectos *ex tunc* la nulidad del Decreto 3770 del 2009, el cual había derogado el artículo 11 del Decreto 1794 del 2000, correspondiente al subsidio familiar, se abordó el principio de no regresividad en materia de derechos prestacionales, afirmando que una vez alcanzado cierto grado de protección no se puede retroceder o desmejorar, aunado a que si una decisión adoptada por el legislador o por una autoridad administrativa conlleva una desmejora, esta automáticamente se tacha de inconstitucional. He allí que considera que el actual reconocimiento del subsidio familiar en la asignación de retiro del actor va en retroceso de sus derechos adquiridos y consolidados.

Sobre el reconocimiento y pago de la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro que actualmente devenga, asevera que lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 vulnera el derecho fundamental a la igualdad, pues mientras a los oficiales y suboficiales se les incluyen alrededor de ocho partidas computables para la asignación de retiro, a los soldados



profesionales solo se les incluye una, pese a que son el eslabón más bajo de la estructura piramidal de las Fuerzas Militares.

Frente al reajuste reclamado sobre la liquidación de la asignación de retiro, estima que si bien el análisis realizado por el *a quo* fue acertado, hizo la salvedad que la entidad lo hacía de manera correcta, omitiendo el fallador que esta prestación es calculada sobre un porcentaje inferior y por ende se estaría realizando un doble descuento a la prima de antigüedad, por ello, reafirma que en primer lugar se debe extraer el 70% del salario mensual percibido por el soldado profesional (SMLMV + 60%) y una vez establecido este valor se le debe adicionar el 38.5% por concepto de prima de antigüedad.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.

5.1. Parte demandante (Fls. 13-19 C. 2 inst.)

La apoderada de la parte actora reitera los argumentos expuestos en el recurso de alzada.

5.2. Parte demandada (Fls. 22 C. 2 inst.)

Guardó silencio

5.3. Ministerio Público. (Fl. 44 C. 2° instancia)

El Ministerio Público no profirió concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. PROBLEMA JURÍDICO.

En atención a los recursos de apelación presentados por las partes y dado que el *a quo* accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, la Sala debe resolver *¿si al demandante NESTOR RAMÍREZ, en su condición de soldado profesional® se le liquidó en legal forma la asignación de retiro y si se le incorporó en forma correcta el porcentaje que corresponde por concepto de la prima de antigüedad, subsidio familiar y si procede la inclusión como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad, como actualmente se liquida a los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional?*

2. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL APLICABLES.

2.1. Régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales

La Ley 131 de 1985, “*por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario*”, artículo 2º, establece que podrían prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifestaran ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él.

Por su parte, el artículo 4º de la citada Ley, señala que quien prestara el servicio militar voluntario percibiría una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podía sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.

El Decreto Ley 1793 de 2000, “*por el cual se estableció el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares*”,

definió a los soldados profesionales 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*”.

En el artículo 4° del mencionado Decreto, estableció los requisitos mínimos para la incorporación como soldado profesional y en el artículo 5° dispuso lo siguiente:

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

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

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

El Decreto No. 1794 de 2000 “*por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares*”, estableció:

“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%)”

ARTÍCULO 2. PRIMA DE ANTIGÜEDAD. Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%).

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

Analizada tal normativa, la Sala advierte que entre las modalidades de soldado voluntario y soldado profesional, existen diferencias en el sentido que la incorporación para los primeros surge del deseo de quien habiendo prestado el servicio militar obligatorio, hubiera optado por continuar en el servicio, mientras que la incorporación del soldado profesional, es el entrenado y capacitado para actuar en las unidades de combate independientemente de haber prestado o no el servicio militar obligatorio, por cuanto debía cumplir los requisitos establecidos en el Decreto 1793 de 2000 para ser incorporado y superar un proceso de selección.

De igual manera, respecto de los emolumentos percibidos por cada uno de estos servidores, tenemos que de conformidad con la Ley 131 de 1985, los soldados voluntarios percibirían una bonificación equivalente a un salario mínimo legal vigente, aumentado en un 60% y tendrían derecho a una bonificación de navidad equivalente a la recibida en el mes de noviembre anterior; mientras que los soldados profesionales que se vincularan a partir de la vigencia del Decreto 1794 de 2000, devengarían un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.



Por su parte, los soldados vinculados en vigencia de la Ley 131 de 1985 y con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresaran su intención de incorporarse como soldados profesionales y que su deseo fuera aprobado por los comandantes de cada Fuerza, serían incorporados el 1° de enero de 2001, con la antigüedad que le fuera certificada y expresada en número de meses. Estos soldados de conformidad, con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000, devengarían una bonificación equivalente a un salario mínimo mensual aumentado en un 60%.

Posteriormente, mediante Decreto 2070 del 25 de julio de 2003, el Gobierno Nacional pretendió modificar este régimen salarial y prestacional, pero fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-432 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Luego, fue expedida la Ley 923 de 2004 por la cual *"se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política"*, estatuto que en el numeral 2. 1. del artículo 2° consagró el respeto a los derechos adquiridos y en el numeral 3. 3. del artículo 3° previó que *"(...) 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."*

En desarrollo de esta normatividad, el Decreto 4433 de 2004 *"por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública"*, dispuso:

"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." (Subrayas y negrillas de la Sala)

El artículo 16 consagró la asignación de retiro para los soldados profesionales, marcando una diferencia en favor de oficiales y suboficiales, en los siguientes términos:

“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 le pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

Para mayor comprensión del tema, la Sala resalta que el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ2 No. 003/16¹, proferida en aplicación del artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, con fundamento en el inciso 2, del artículo 1, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, concluyó que los soldados voluntarios posteriormente incorporados como profesionales, tienen derecho a ser remunerados mensualmente en el monto de un salario básico incrementado en un 60%,

¹ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Segunda. **Sentencia del 25 de agosto de 2016**. C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad.: 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15) CE-SUJ2-003-16.

en los siguientes supuestos:

“...La lectura de las disposiciones transcritas revela, que las prestaciones sociales enunciadas a que tienen derecho los soldados profesionales, tanto los que se vincularon por primera vez, como los que fueron incorporados siendo voluntarios, se liquidan con base en el salario básico devengado.

Por tal razón se concluye, que el ajuste salarial del 60% a que tienen derecho los soldados profesionales que venían como voluntarios, lleva aparejado efectos prestaciones y da lugar a que también les sean reliquidadas, en un mismo porcentaje, las primas de antigüedad, servicio anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías.

Reglas jurisprudenciales

En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:

Primero. *De conformidad con el inciso 1° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,² la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1° de enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.*

Segundo. *De conformidad con el inciso 2° del artículo 1° del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,³ 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 1985,⁴ es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.*

Tercero. *Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% que se ordene a favor de los soldados voluntarios, hoy profesionales, la parte demandada condenada, deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.*

Cuarto. *La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la*

² Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

³ Ib.

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

jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10⁵ y 174⁶ de los Decretos 2728 de 1968⁷ y 1211 de 1990,⁸ respectivamente.”

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

En cuanto al segundo tema que se invoca en la demanda, esto es, si el actor tiene derecho a la reliquidación de la asignación de retiro con la prima de antigüedad que le corresponde, se tiene que debe confirmarse la sentencia apelada, pues ciertamente la entidad demandada aplicó de manera equivocada la fórmula matemática del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, tal como pasa a explicarse.

Esta norma dispone que la asignación de retiro de la cual gozaría el personal de soldados profesionales del Ejército Nacional, es la siguiente:

“[...] 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 le pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. [...]”

⁵ “Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años.”

⁶ Artículo 174. Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en 4 años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en 2 años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

⁷ Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares

⁸ Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

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

[...] Cumplido el segundo año de servicio, el soldado profesional de las Fuerzas Militares tendrá derecho a una prima mensual de antigüedad equivalente al seis punto cinco por ciento (6.5%) de la asignación salarial mensual básica. Por cada año de servicio adicional, se reconocerá un seis punto cinco por ciento (6.5%) más, sin exceder del cincuenta y ocho punto cinco por ciento (58.5%) [...]

Respecto de la forma en que debe interpretarse esta norma, el Consejo de Estado⁹ señaló:

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

Empero, debe aclararse que, la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula teniendo en consideración la asignación salarial mensual básica que devengara el soldado profesional en el momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, de allí que, el 38.5% que debe incluirse en ella, se obtiene aplicando la regla descrita y no partiendo del valor de la prima que certifique la entidad como devengada por el beneficiario de la prestación, en el año de causación del derecho, pues de hacerlo así, se estaría otorgando un menor valor por este concepto...”¹⁰

2.3. Prima de navidad en el reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales

⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección A, sentencia 29 de abril de 2015, C.P. Gustavo Gómez Aranguren, radicación 11001-03-15-000-2015-00801-00

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 10 de mayo de 2018, C.P. William Hernández Gómez. Rad. : 19001-23-33-000-2014-00128-01(1936-16)

El Artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, señala que 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. (Subrayas y negrillas de la Sala)

Esta norma dispone que la asignación de retiro de la cual gozaría el personal de soldados profesionales del Ejército Nacional, es la siguiente:

*“[...] **Asignación de retiro para soldados profesionales.** Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. [...]”*

Como se observa, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 incluyó como partida computable de la asignación de retiro para el personal de las Fuerzas Militares, entre otras, la prima de navidad solo para los oficiales y

suboficiales, lo cual podría entenderse como violatorio al derecho a la igualdad, sin embargo, en reciente decisión el Consejo de Estado en sentencia de unificación explicó que tal efecto no se presenta en estos casos, dada la diferencia justificada que existe entre unos y otros militares, la cual deviene del grado de responsabilidad y jerarquía que existe entre los oficiales y suboficiales frente a los soldados profesionales.

Así lo expone dicha corporación en Sala Plena de la Sección Segunda¹¹ en la sentencia de unificación CE-SUJ2-015-19, la cual tiene carácter vinculante y de obligatorio cumplimiento:

“[L]as partidas que sirven de base para los aportes son las mismas que habrán de incluirse para el cálculo de la asignación de retiro, pues así lo admite el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que en el parágrafo ordena: «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». [...] [L]os grupos de oficiales y suboficiales y de soldados profesionales en relación con las partidas computables para la asignación de retiro se encuentran en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas. [...]

[T]anto en el caso de los soldados profesionales como en el de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares las partidas que se computan para tener derecho a la asignación de retiro son aquellas respecto de las cuales se hicieron las cotizaciones, por lo cual tampoco se evidencia que haya un trato discriminatorio o diferenciado que se aparte de los postulados constitucionales o de los elementos básicos del régimen consagrado en la Ley 923 de 2004.

*De manera que no hay razón para sostener que se vulnera su derecho a la igualdad, por el hecho de que estas partidas son diferentes a las que se tienen en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares. [...] 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

¹¹ Consejo de Estado. Sala Plena Sección Segunda. **sentencia del 25 de abril de 2019**. C.P.: William Hernández Gómez. Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16)CE-SUJ2-015-19.

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

2.4. Del subsidio familiar en la asignación de retiro de los soldados profesionales.

El artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 estableció las partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares en general y de manera taxativa incluyó específicas partidas para los oficiales y suboficiales y otras para los soldados profesionales; sin embargo, para estos últimos, no incluyó el subsidio familiar.

Posteriormente, el Decreto 1161 de 24 de junio de 2014 “*Por el cual se crea el subsidio familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales y se dictan otras disposiciones*”, dispuso:

ARTÍCULO 1º. Subsidio Familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales. *Créase, a partir del 1º de julio del 2014, para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no perciben el subsidio familiar regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, así:*

a. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente, más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c. de este artículo.

b. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales viudos siempre y cuando hayan quedado a cargo de los hijos habidos dentro del matrimonio o dentro de la unión marital de hecho, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c. del presente artículo.

c. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo. En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica.

PARÁGRAFO 1. *El subsidio familiar previsto en el presente artículo en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica de los soldados profesionales e infantes de marina profesionales.*

PARÁGRAFO 2. *Para los efectos previstos en este artículo los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares a partir del 01 de Julio de 2014, podrán elevar al Comando de Fuerza, la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar previsto en el presente Decreto, y el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud de que trata el presente parágrafo, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago.*

PARÁGRAFO 3. *Los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares que estén percibiendo el subsidio familiar previsto en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, no tendrán derecho a percibir el subsidio familiar que se crea en el presente Decreto.*

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

Mediante Decreto 1162 de 2014, “*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*”, se previó lo siguiente:

ARTÍCULO 1. *A partir de julio del 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez,*

liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

Las normas en comento llevan a concluir que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004¹², 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 2000¹³.
- 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 2009¹⁴, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida¹⁵.

De lo anterior se deduce que resulta procedente la inclusión de la partida de subsidio familiar en la asignación de retiro de los soldados profesionales, pero no en los mismos términos establecidos para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, esto es, "en el porcentaje reconocido a la fecha de retiro"¹⁶, sino en el treinta por ciento (30%) del

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

¹³ **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.

¹⁴ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

¹⁵ **ARTÍCULO 5º del Decreto 1161 de 2014.** A partir de julio del 2014, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez del personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, el setenta por ciento (70%) del valor que se devengue en actividad por concepto de subsidio familiar, establecido en el artículo primero del presente Decreto; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 o normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

¹⁶ Artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

valor percibido en actividad o el setenta por ciento (70%) a partir de julio de 2014, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida, circunstancia que debe ser estudiada por la Sala a fin de establecer, si como lo interpreta el demandante, se torna discriminatorio y violatorio del derecho a la igualdad, principio de favorabilidad y de progresividad.

A efectos de decidir sobre los cargos señalados en el recurso de alzada, la Sala pasa a estudiar las siguientes materias:

2.5. Principio de progresividad

Como lo ha expuesto la Corte Constitucional¹⁷, el principio de progresividad es uno de los aspectos relacionados con la eficacia de los derechos constitucionales, en especial a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, conforme lo prescribe el artículo 93 de la Constitución Política.

En Sentencia C- 288 de 2012 la Corte Constitucional sostuvo que el principio de progresividad de los derechos sociales consiste en la obligación del Estado de “*seguir hacia adelante*” en la consecución del goce pleno de estas garantías. “*Quiere esto decir que los Estados no pueden quedarse inmóviles ante la satisfacción de los mismos, sino que deben propender por el aumento de la cobertura y de las garantías que le son propios, hasta el máximo posible, a través del establecimiento de medidas legislativas y de cualquier otra índole. De otro lado, el principio de progresividad implica la prohibición correlativa de regresividad, de acuerdo con la cual una vez se ha llegado a determinado nivel de protección, el Estado encuentra vedado retroceder en esa garantía, salvo que se cumpla con un estricto juicio de proporcionalidad, el cual demuestre que la medida regresiva es imprescindible para cumplir con el fin constitucionalmente imperioso.*”

¹⁷ Sentencia C- 288 de 2012, T-469 de 2013 entre otras.

En consonancia con lo anterior, la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 26¹⁸, ha dicho que la progresividad implica la obligación de mejora continua en las medidas que adopte el Estado para avanzar en el nivel de goce y ejercicio de los derechos o de permitirles el acceso a personas que se encontraban por completo privadas de aquellos.

2.6. Igualdad

La Corte Constitucional ha discurrido que el derecho a la igualdad consagrado en la Constitución Política presenta una *estructura* compleja que comprende diversas facetas¹⁹. La primera de ellas (inciso 1º, art. 13 C.N.) se manifiesta a través de la denominada “*igualdad formal*” según la cual todos los ciudadanos merecen el mismo tratamiento ante la Ley y por tanto proscribire cualquier tipo de discriminación o exclusión arbitraria en las decisiones públicas por razones de sexo, ideología, color de piel, origen nacional o familiar u otros similares.

Una segunda faceta, corresponde a una visión social del Estado que reconoce las condiciones diferenciales de existencia entre distintos grupos sociales, se manifiesta a través de la denominada “*igualdad material*”. Como lo prescriben los incisos segundo y tercero del artículo 13 superior, el Estado colombiano debe adoptar medidas promocionales y dar un trato especial –de carácter favorable–, a las personas y grupos vulnerables o a los sujetos en condición de debilidad manifiesta.²⁰

¹⁸ Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

¹⁹ Sentencias C-221 de 1992 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-040 de 1993 (M.P. Ciro Angarita Barón) y C-022 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz)

²⁰ Sentencias T-340 de 2010 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), SU-388 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), SU-389 de 2005 (M.P. Jaime Araújo Rentería); y C-371 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

En lo que concierne a la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales, el **Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019**²¹ estudió que la invocación de la vulneración al principio de igualdad, entre otros, han sido el punto de partida para distintos pronunciamientos dentro de acciones de tutela instauradas contra las sentencias proferidas por los tribunales administrativos del país, y se ha asumido como el argumento central para restarle validez al criterio de la taxatividad en relación con los factores que se deben incluir en la liquidación de la prestación objeto de estudio²², el cual a su vez, se vio reflejado en el pronunciamiento emitido dentro de un proceso de restablecimiento del derecho del 27 de octubre de 2016²³, empero, que a esa fecha aún no se había proferido un criterio unificador en la materia.

Por ello, en la referida sentencia de unificación, el H. Consejo de Estado procedió a verificar dicha hipótesis, acudiendo al test de igualdad para determinar si los soldados profesionales se encuentran en un plano de igualdad fáctica frente a los oficiales y suboficiales. En ese sentido, adujo que la Corte Constitucional ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse como un mandato que establece una igualdad automática²⁴, pues existen medidas que otorgan un trato desigual, basadas en

²¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. C.P. WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ. RAD. 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16)CE-SUJ2-015-19

²² Dentro de las sentencias en las que se reitera la posición expuesta se pueden ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Cuarta, sentencia del 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500380 00 (AC), actor: Jairo Jaraba Morales; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500801 00(AC), actor: José Edgar Moncada Rangel; Sección Primera, sentencia del 28 de mayo de 2015, radicación: 110010315000201500001 01(AC), actor: Eduar Chica Zea; Sección Primera, sentencia del 12 de noviembre de 2015, radicación: 11010315000201500009 00(AC), actor: José Ober Dávila Bueno; Sección Primera, sentencia del 23 de junio de 2017, radicación: 110010315000201701058 00 (AC), actor: Aedwing Guerrero Galvis; Sección Segunda, sentencia del 4 de septiembre de 2017, radicación: 110010315000201701922 00(AC), actor: Oscar Daniel Lenis Morales; Sección Primera, sentencia del 8 de noviembre de 2017, radicación: 110010315000201701527 00 (AC), actor: José Alirio Camargo Pérez.

²³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 27 de octubre de 2016, radicación: 250002342000201300143 01 (3663-2014), actor: Armando Guarín Cujaban.

²⁴ T-587 de 2006.

circunstancias objetivas y razonables, por lo que se ajustan a la Constitución, resaltando que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes presupuestos: “(i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad”²⁵, es decir que la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad.

Adujo el Consejo de Estado en la mencionada sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, lo siguiente:

“De acuerdo con lo expuesto en precedencia, el hecho de consagrar una asignación de retiro para un sector de las fuerzas militares que antes no tenía, es una expresión del principio de progresividad, lo cual, admite que se implemente con cierta gradualidad, hacia la plena realización de los derechos en el diseño y ejecución de políticas públicas en materia del derecho a la seguridad social. Visto así, se trata de una medida positiva encaminada a lograr la igualdad en la protección de todos los miembros de las fuerzas militares durante el retiro, aspecto para el cual se deben tener en cuenta factores tales como los recursos de los que se disponga²⁶, de manera que se asegure la viabilidad de las decisiones que se adopten en tal sentido, ello permite entender que más adelante, se amplió el radio de esta garantía con los Decretos 1161 y 1162 de 2014, que incluyeron expresamente este emolumento, como partida computable en la liquidación de la prestación bajo estudio.

196. Una vez definido que no se vulnera el derecho a la igualdad de los soldados profesionales frente a los oficiales y suboficiales, frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, surge un interrogante de similares connotaciones, entre aquellos soldados profesionales que adquirieron la asignación de retiro con antelación a la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, frente a quienes consolidan su derecho con posterioridad a ellos, lo que implica la inclusión del emolumento bajo estudio.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales.

197. *Tal situación, supone la confrontación de las situaciones ambos grupos de personal, que ameritan un nuevo análisis del derecho a la igualdad, bajo el mismo esquema planteado anteriormente, test de igualdad, así:*

198. *i) Patrón de igualdad: En el escenario planteado se evidencia con facilidad que se trata de sujetos de la misma naturaleza, sin que dicha condición se vea modificada por la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014.*

199. *ii) Trato desigual entre iguales: De igual manera, se puede afirmar, sin hesitación alguna, que con la expedición de los mencionados Decretos 1161 y 1162 de 2014 se imparte un trato diferenciado frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues a quienes adquirieron el derecho previamente, según se definió en líneas anteriores, no les asiste derecho a su cómputo.*

200. *iii) La diferencia de trato está constitucionalmente justificada: En este punto, es igualmente relevante remitirse al ámbito de aplicación del principio de progresividad, el cual admite la adopción de medidas que amplíen el catálogo de derechos, se presente de manera gradual. Así las cosas, el hecho de que el derecho a la asignación de retiro no abarque desde su nacimiento a la vida jurídica absolutamente todas las partidas que se espera que lleguen a conformarla, no vulnera por sí mismo el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que es constitucionalmente admisible que el derecho se amplíe de manera escalonada, lo que de suyo implica que los sujetos que logren consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones.*

201. *De esta manera, se observa que existe una razón suficiente para un trato jurídico desigual dada por el principio de la progresividad²⁷ a lo que se agrega el principio formal de la libertad de configuración del legislador o en este caso el ejecutivo para regular la materia, tal y como antes se analizó, de manera que el trato en el plano jurídico de la asignación de retiro que se otorga a los soldados profesionales antes de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 no resulta arbitrario ni injustificado.*

202. *Bajo el modelo descrito, es claro que aunque es cierto que existe un trato jurídico distinto entre sujetos que se encuentran en un plano de igualdad fáctica, lo cierto es que tal situación está justificada en principios de raigambre*

²⁷ R. Alexy destaca «El principio de igualdad de hecho es, por lo tanto, una razón suficiente para un derecho subjetivo definitivo a un trato jurídico desigual que sirve para la creación de la igualdad de hecho, sólo si desplaza a todos los otros principios contrapuestos que estén en juego.». Teoría de los Derechos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da edición, Madrid 2017, p. 373.

constitucional, de manera que no se configura la vulneración del derecho a la igualdad.

Conforme a lo analizado, fijó las siguientes reglas de unificación en el tema puesto a consideración:

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

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

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

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

2. Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30%²⁸ para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000²⁹ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

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

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

²⁸ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

²⁹ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

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

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

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

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

$$(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro.}$$

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

8. *Esta sentencia no es constitutiva del derecho por lo que las reclamaciones que se hagan con fundamento en ella quedarán sujetas a las reglas de prescripción”³⁰ (Negrita de la Sala)*

³⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. C.P. William Hernández Gómez. Rad. 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19

Ahora, atendiendo el deber de acatar las decisiones de unificación del Consejo de Estado, como órgano de cierre en materia de lo Contencioso Administrativo en los términos del artículo 237 de la Constitución Política³¹, esta Sala acogerá la tesis adoptada por esta Corporación en Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019, pues unificó la postura en cuanto a las partidas computables y la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

3. CASO CONCRETO

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante Resolución No. 649 del 2 de febrero de 2015, le reconoció y ordenó el pago de una asignación de retiro al Soldado Profesional® del Ejército NESTOR RAMÍREZ, efectiva a partir del 31 de marzo de 2015, en cuantía equivalente al 70% del sueldo mensual (Decreto 2731 de diciembre 30 de 2014) 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 antigüedad de conformidad con lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1° del Decreto 1162 del 24 de junio de 2014.³²

Revisada la hoja de servicios No. 3-79867919 de fecha 19 de emerg de 2015, expedida por la Dirección de Personal del Ejército Nacional, el señor NESTOR RAMÍREZ, entre los haberes de la última nómina de diciembre de 2014, recibió un subsidio familiar con un porcentaje del 4% (62.5% sueldo básico) correspondiente a \$539.000.³³

³¹ Constitución Política. “Artículo 237. Son atribuciones del Consejo de Estado: 1.- Desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conforme a las reglas que se señale en la Ley.”

³² Folios 11-12 C. Ppal.

³³ Fl. 13 C. Ppal.

El demandante presentó derecho de petición a dicha entidad el 02 de mayo de 2017, solicitando el reajuste de la asignación de retiro por los conceptos hoy demandados³⁴ y mediante Oficio No. 0024399 del 11 de mayo de 2017 negó tal petición argumentando que la asignación de retiro le fue reconocida teniendo en cuenta la normatividad dispuesta y vigente para tal fin, y que de la normatividad aplicable no se contempla como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad, adicionalmente señala que la entidad reconoce y paga la prestación con base en la información contenida en la hoja de servicios en cada caso, en la que se evidencia que el salario básico tomado por la Caja corresponde al que venía devengando en actividad y que frente al subsidio familiar, se le reconoció ese factor en un 30%, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° del Decreto 1162 del 24 de junio de 2014³⁵.

El 22 de mayo de 2017, el demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación³⁶, los cuales fueron negados mediante Oficio CREMIL 42274, consecutivo 0038463 del 6 de julio de 2017³⁷, indicando que como se trata de una simple información, es un acto de trámite y por tanto, no procede ningún recurso.

Mediante Resolución No. 2210 de 2018, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares ordenó el incremento de la partida del sueldo básico en un 20%, dentro de la asignación de retiro del señor Soldado Profesional ® del Ejército NESTOR RAMÍREZ, así como el pago de los valores que resulten de este incremento, a partir del 31 de marzo de 2015.³⁸

Entonces, conforme a lo acreditado en el expediente, la Sala procederá a analizar la decisión de primera instancia frente a los argumentos expuestos en los recursos de apelación presentados por cada una de las partes, dado que la parte demandada se encuentra inconforme

³⁴ Folios 3-6 C. Ppal.

³⁵ Folios 6-7

³⁶ Folio 8-9

³⁷ Folios 10

³⁸ Fls. 104-106 C. Ppal.

con el literal b del numeral segundo referente a la liquidación de la prima de antigüedad y la parte demandante reitera el reconocimiento del subsidio familiar y la duodécima parte de la prima de navidad y la liquidación de la prima de antigüedad.

3.1. De la liquidación de la prima de antigüedad en la asignación de retiro.

En cuanto a la inclusión y liquidación de la *prima de antigüedad* en la asignación de retiro del actor y de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, encuentra la Sala que la entidad demandada aplicó erróneamente dicha norma, pues debió tomar el 70% del salario básico, incrementado con el 20%, como se indicó en la sentencia apelada y a este valor sumar las partidas adicionales en los porcentajes establecidos por el legislador, es decir, un 38.5% de la prima de antigüedad y el 30% del subsidio familiar devengado en actividad y con efectos a partir la fecha del retiro.

En efecto, de acuerdo con la certificación expedida por la Responsable del Área de Atención al Usuario de CREMIL visible a folio 14, se observa que la entidad liquidó la asignación de retiro del actor de la siguiente manera:

CONCEPTO	PORCENTAJE	VALOR
Sueldo básico	SMMLV + 40%	\$1.032.804.00
PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN	70%	\$ 722.963.00
Prima de antigüedad	$(SB*70%*38.5\%)$	\$ 278.341.00
Subsidio Familiar	$(SB*4\%) + (SB*58.5\%) * 30\%$	\$ 193.651.00
TOTAL ASIGNACIÓN RETIRO		\$ 1.194.955.00

Entonces, al aplicar correctamente el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, se concluye que la entidad demandada no liquidó la asignación

de retiro del demandante con los porcentajes y montos que correspondían a los soldados profesionales del Ejército Nacional que se retiran o son retirados del servicio como lo sostuvo el *a quo*; ya que con la anterior liquidación, el porcentaje de la prima de antigüedad (38.5%) que legalmente le corresponde fue disminuido al aplicarle a este rubro el 70%, lo cual reduce ostensiblemente el monto de la asignación, toda vez que la prima de antigüedad debe calcularse a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual.

Lo anterior, ha sido reiterado recientemente por el Consejo de Estado³⁹ así:

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

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

En conclusión: En el presente caso es procedente el reajuste de la prima de antigüedad en la asignación de retiro del demandante, porque la forma correcta de computarla con base en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 es el 70% del salario mensual (salario mínimo legal mensual, incrementado en un 60%), adicionado con el treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda. C.P.: William Hernández Cómez. sentencia del 10 de mayo de 2018. Rad.: 19001-23-33-000-2014-00128-01(1936-16)

3.2. Subsidio familiar como partida computable en la asignación de Retiro.

Sobre la liquidación de esta partida en las asignaciones de retiro, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 25 de abril de 2019⁴⁰, unificó la jurisprudencia indicando que, en aplicación del test de igualdad, para quienes causaron su derecho con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la Ley o Decreto como tal, según lo siguiente:

“...En relación con este punto, se reiteran las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia C-057 de 2010, al analizar la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994 y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005, y a las que se hizo referencia in extenso en acápites anteriores, en la que concluyó que la diferencia entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados se encontraba justificada.

A lo anterior se agrega, que el de la igualdad no es el único principio que debe atenderse para la interpretación de la disposición objeto de análisis, pues es claro que existía una situación previa en la que los soldados profesionales no tenían el mismo grado de protección del derecho a la seguridad social de los oficiales y suboficiales, pues fue solo hasta la expedición del Decreto 4433 de 2004 que se consagró la asignación de retiro, con lo cual se observó un avance en materia de garantías para los soldados profesionales.

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, el hecho de consagrar una asignación de retiro para un sector de las fuerzas militares que antes no lo tenía, es una expresión del principio de progresividad, lo cual, admite que se implemente con cierta gradualidad, hacia la plena realización de los derechos en el diseño y ejecución de políticas públicas en materia del derecho a la seguridad social. Visto así, se trata de una medida positiva encaminada a lograr la igualdad en la protección de todos los miembros de las fuerzas militares durante el retiro, aspecto para el cual se deben tener en cuenta factores tales como los recursos de los que se disponga, de manera que se asegure la viabilidad de las decisiones que se adopten en tal sentido, ello permite entender que más adelante, se amplió el radio de esta garantía con los Decretos 1161 y 1162 de 2014, que incluyeron expresamente este emolumento, como partida computable en la liquidación de la prestación bajo estudio.

⁴⁰ M.P. William Hernández Gómez; Radicado No. 1701-2016

Una vez definido que no se vulnera el derecho a la igualdad de los soldados profesionales frente a los oficiales y suboficiales, frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, surge un interrogante de similares connotaciones, entre aquellos soldados profesionales que adquirieron la asignación de retiro con antelación a la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, frente a quienes consolidan su derecho con posterioridad a ellos, lo que implica la inclusión del emolumento bajo estudio.

Tal situación, supone la confrontación de las situaciones ambos grupos de personal, que ameritan un nuevo análisis del derecho a la igualdad, bajo el mismo esquema planteado anteriormente, test de igualdad, así: i) Patrón de igualdad: En el escenario planteado se evidencia con facilidad que se trata de sujetos de la misma naturaleza, sin que dicha condición se vea modificada por la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014.

ii) Trato desigual entre iguales: De igual manera, se puede afirmar, sin hesitación alguna, que con la expedición de los mencionados Decretos 1161 y 1162 de 2014 se imparte un trato diferenciado frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues a quienes adquirieron el derecho previamente, según se definió en líneas anteriores, no le asiste derecho a su cómputo.

iii) La diferencia de trato está constitucionalmente justificada: En este punto, es igualmente relevante remitirse al ámbito de aplicación del principio de progresividad, el cual admite la adopción de medidas que amplíen el catálogo de derechos, se presente de manera gradual. Así: las cosas, el hecho de que el derecho a la asignación de retiro no abarque desde su nacimiento a la vida jurídica absolutamente todas las partidas que se espera que lleguen a conformarla, no vulnera por sí mismo el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que es constitucionalmente admisible que el derecho se amplíe de manera escalonada, lo que de suyo implica que los sujetos que logren consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones.

De esta manera, se observa que existe una razón suficiente para un trato jurídico desigual dada por el principio de la progresividad a lo que se agrega el principio formal de la libertad de configuración del legislador o en este caso el ejecutivo para regular la materia, tal y como antes se analizó, de manera que el trato en el plano jurídico de la asignación de retiro que se otorga a los soldados profesionales antes de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 no resulta arbitrario ni injustificado.

Bajo el modelo descrito, es claro que aunque es cierto que existe un trato jurídico distinto entre sujetos que se encuentran en un plano de igualdad fáctica, lo cierto es que tal situación está justificada en principios de raigambre constitucional, de manera que no se configura la vulneración del derecho a la igualdad”.

De acuerdo con los presupuestos jurisprudenciales señalados, la Sala encuentra que en el presente caso el actor devengó el subsidio familiar según la hoja de servicio No. 3-79867919, visible a folio 13, y que el 30% de este fue incluido en su asignación de retiro, de conformidad con lo establecido en Decreto 1162 de 2014, el cual entró a regir el 25 de junio de 2014, en cuyo artículo 1°, dispuso que el subsidio familiar para soldados profesionales que venían percibiendo dicho subsidio con base en lo reglado en los Decretos 1794 del 2000 y 3770 de 2009, como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez, sería del treinta por ciento (30%) del subsidio devengado en actividad, liquidado conforme al Decreto 4433 de 2004, así: $(SB*4\%) + (SB*58.5\%) * 30\%$.

Tal y como quedó expuesto en precedencia, el subsidio familiar fue consagrado en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, disposición que estableció en favor de los soldados profesionales el equivalente al 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

Dicha prestación fue eliminada por el artículo 1° del Decreto 3770 de septiembre 25 de 2009, excepto para el personal que, a la entrada en vigencia de dicho estatuto, se encontrara percibiendo el subsidio familiar, quienes continuarían devengándolo hasta su retiro del servicio.

El Decreto 3770 de 2009 fue declarado nulo por el Consejo de Estado en sentencia de 8 junio de 2017, lo que pone de presente que se mantuvo vigente el subsidio familiar de que trata el Decreto 1794 de 2000 hasta la creación de dicha partida para los soldados profesionales a partir del Decreto 1161 de 2014.

En ese orden de ideas, observa la Sala que como el actor se retiró del servicio el 31 de marzo de 2015, esto es, en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, se encontraría en la regla 2 fijada en la sentencia de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, según la cual tiene derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en

dicha prestación solamente en el porcentaje del 30%, pues para el momento de su retiro la devengaba al tenor de lo dispuesto en el Decreto 1794 de 2000, y así fue liquidada la asignación de retiro del actor conforme se observa en la Resolución 471 de 2016

En estas condiciones, se concluye que no procede reliquidar la asignación de retiro del actor con más porcentajes por concepto del subsidio familiar, porque la entidad demandada aplicó correctamente la normatividad al caso del actor y que no existe ninguna vulneración del derecho a la igualdad en este aspecto.

3.3. Duodécima parte de la Prima de Navidad como partida computable en la asignación de Retiro.

Ahora, respecto de la inclusión de la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro, solicitud objeto del recurso de apelación propuesto por la parte demandante, la misma no procede teniendo en cuenta que la normativa precitada Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004, no la contempla como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro, por lo tanto no procede ordenar la inclusión.

Esta Ley fue desarrollada por el Decreto 4433 de 2004 que en su artículo 13, señala:

*"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:

13.1.7 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. (Resaltado de la Sala).

De la lectura de la norma expuesta, la Sala observa que por mandato expreso se encuentra prohibida la inclusión de la prima de navidad en el cómputo de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues la norma antes citada solo consagra como factores a tener en cuenta para el cómputo del derecho pensional de los soldados profesionales, el salario mensual y la prima de antigüedad, proscribiendo la inclusión de partidas distintas a las allí señaladas.

Adicionalmente, la sentencia de unificación CE-SUJ2-015-19 calendada 25 de abril de 2019, radicación número: 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16) proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, establece las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.

Por último y como bien quedó explicado por el *a quo*, no procede en este caso la inclusión de la partida de la prima de navidad que alega la parte actora, pues conforme lo explicó el Consejo de Estado, esta partida no es computable de la asignación de retiro para los soldados profesionales y por ende, no procede la pretensión invocada en este aspecto.

En resumen, se modificará la sentencia para aclarar la fórmula de liquidación de la asignación de retiro y se negaran las demás pretensiones,

porque no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo acusado en los demás aspectos, en tanto que no existe vulneración del derecho a la igualdad del demandante en su condición de soldado profesional al habersele negado la inclusión de la prima de navidad como partida computable en su asignación de retiro y pagado el 30% de la partida del subsidio familiar que devengaba al momento del retiro del servicio.

4. CONDENA EN COSTAS

En cuanto a las costas⁴¹, la Sala acoge lo expuesto por el Consejo de Estado, en la medida que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al juez la *facultad de disponer sobre su condena*, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, como lo es que aparezcan causados y comprobados los gastos en que incurrió la parte vencedora del litigio, en consonancia con el artículo 365 del C.G.P. para los efectos de la liquidación; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas y se acerque un poco más a un criterio objetivo-valorativo.

En reciente decisiones, el Consejo de Estado precisó que tal condena solo procede en cuanto aparezcan probadas los gastos en que incurre la parte vencedora del proceso⁴².

En el caso examinado, como el demandado no fue condenado en costas y tampoco fue objeto del recurso de alzada, la Sala confirmará esta

⁴¹ Estas erogaciones económicas son aquellos 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).

⁴² Consejo de Estado. Sección Segunda. Sub sección A. Sentencia del 8 de febrero de 2018. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad.: 25000-23-42-000-2012-00742-01(3695-16) y Sección Cuarta. **Sentencia del 28 de febrero de 2019**. C.P.: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Rad.: 20001-23-33-000-2014-00022-0 1 (22160)

decisión y en esta instancia, atendiendo los criterios antes citados, al no existir prueba de gastos u otras expensas a cargo del demandante, no se le condenará en costas.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Huila, Sala Sexta de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el literal b) del numeral segundo de la sentencia del 25 de octubre de 2018, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Neiva, y en su lugar se dispone:

“b) Reliquídese la asignación de retiro del soldado profesional ® NESTOR RAMÍREZ, a partir del 31 de marzo de 2015, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y el artículo 1 del Decreto 1161 de 2014, por lo que deberá tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengó el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro, sumándole a ello el 30% del subsidio familiar; de la siguiente manera:

$$(Salario\ básico\ x\ 70\%) + (salario\ básico\ x\ 38.5\%) + [(salario\ básico\ x\ 62.5\%)\ x\ 30\%] = Asignación\ de\ Retiro.$$

Se debe tener en cuenta que el salario básico corresponde a un (1) salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).”



SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Remitir el expediente al Juzgado de origen, previa las anotaciones en el software de gestión judicial.

NOTIFÍQUESE

JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
Magistrado Ponente

BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS
Magistrada

GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado