



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO QUINTO (5º) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2.022)

Radicado: 73001-33-33-005-2021-00082-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Jairo Guzmán Gallego
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Advertido que el numeral 1º. del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2.020 facultó al Juez Contencioso Administrativo a proferir sentencia anticipada en asuntos de puro derecho o cuando no fuere necesario practicar pruebas, y como quiera que en el presente asunto se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión mediante proveído del 18 de febrero de 2.022 sin que se advierta causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho¹ profiere la decisión de mérito y que en derecho corresponda dentro del presente medio de control.

Antecedentes:

La demanda:

El señor **Jhon Jairo Guzmán Gallego** actuando por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho establecido en el artículo 138 del C. de P.A. y de lo C.A. promovió demanda contra la **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional** tendiente a obtener mediante sentencia judicial, un pronunciamiento favorable sobre las siguientes:

Declaraciones y condenas (expediente digital, archivo 3, folios 1 a 2):

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio Nro. 2020317002015481:MDN-COGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-IPER1.10 de fecha 12 de noviembre de 2.020, mediante el cual se resolvió negativamente la petición de reliquidación del sueldo básico incrementado en 20% con fundamento en la Ley 131 de 1.985, la reliquidación de la prima de antigüedad sobre el salario mínimo incrementado en un 20%, la partida de subsidio familiar, con aplicación de la prescripción cuatrienal.

¹ Atendiendo las pautas establecidas desde el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, mediante el cual se imparten instrucciones en virtud del “Estado de Emergencia económico, social y ecológico” decretado en el territorio nacional, y con fundamento en los estragos de la pavorosa plaga clasificada como SARS-CoV-2 por las autoridades sanitarias mundiales de la OMS, causante de lo que se conoce como la enfermedad del Covid-19 o popularmente “coronavirus”; y desde el Acuerdo PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual se tomaron medidas por motivos de salubridad pública, **la presente providencia fue aprobada a través de correo electrónico y se notifica a las partes por el mismo medio.**

2. Ordenar a la entidad demandada a realizar la reliquidación del sueldo básico del demandante con el incremento del 20% con fundamento en la Ley 131 de 1.985 para soldados voluntarios.
3. Condenar a la entidad demandada a reliquidar la prima de antigüedad del demandante, sobre el salario mínimo incrementado en un 60%.
4. Ordenar a la institución accionada a reconocer el subsidio familiar como partida computable para la liquidación pensional a partir del 1 de julio de 2.014.
5. Ordenar a la entidad demandada a reconocer y pagar los valores solicitados, dando aplicación a la prescripción cuatrienal a partir del 30 de septiembre de 2.020.
6. Condenar a la entidad demandada a reconocer y pagar al demandante, las sumas correspondientes al subsidio familiar computado en la pensión de invalidez del demandante, desde la adquisición del derecho pensional hasta la fecha efectiva de pago.
7. Ordenar a la entidad demandada a dar cumplimiento a lo previsto a los artículos 187 y 192 de la Ley 1437 de 2.011.

Como presupuestos fácticos de sus pretensiones, la parte demandante narró los siguientes

Hechos (expediente digital, archivo 3, folios 2 a 7):

1. Que el señor **Jhon Jairo Guzmán Gallego** prestó servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional y posteriormente, fue incorporado como soldado voluntario, época en la cual, percibió como salario el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60% del mismo hasta el mes de octubre de 2003.
2. El demandante contrajo matrimonio con la señora Amanda Lucía Valbuena, unión de la cual fueron procreadas Sara Sofía Guzmán Valbuena y Estefany Alejandra Guzmán Valbuena.
3. Que el demandante se vinculó al Ejército Nacional como soldado profesional a partir del 1 de noviembre de 2.003, época en la cual desarrollando las mismas funciones que realizaba como soldado voluntario, empezó a percibir como salario el equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40% del mismo, tal y como lo indicaba el artículo 1º del Decreto 1794 de 2.000.
4. Que desde el mes de noviembre de 2.003 hasta el momento de retiro del servicio por pérdida de la capacidad laboral parcial permanente del 65%, la entidad demandada reconoció al demandante la mesada teniendo como base de liquidación el salario mínimo más el 40% del mismo, desconociendo con ello lo establecido en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1974 de 2.000, que indica que por tener la condición de soldado voluntario al 31 de diciembre de 2.000, la asignación básica es el salario mínimo más el 60% de la misma asignación, generando perjuicios económicos al demandante.
5. Que mediante Resolución Nro. 2241 del 24 de mayo de 2.018, la entidad accionada reconoció asignación de retiro al demandante, teniendo en cuenta un salario mínimo legal mensual vigente más un 40% desconociendo el 20% adicional de su salario básico y la prima de antigüedad, sin que en la misma se hubiere incluido el subsidio familiar reconocido en actividad al actor.
6. Que la parte actora mediante derecho de petición del 30 de septiembre de 2.020, radicado en la entidad demandada el 1 de octubre de 2.020, solicitó a la

entidad demandada, que se incluyera: **i.** el 20% adicional en la asignación de retiro, reliquidación del derecho pensional teniendo en cuenta un s.m.l.m.v. + 60%, **ii.** Que se reliquidara la asignación de retiro tomando los porcentajes independientemente, es decir, sin computar o tomar dos veces el porcentaje de la prima de antigüedad y, **iii.** Que se reconociera y se incluyera el subsidio familiar.

7. Mediante Oficio Nro. 2020317002015481 del 10 de noviembre de 2.020, el Ejército Nacional emitió respuesta negativa a lo solicitado.

Normas violadas y concepto de violación.

Como normatividad transgredida el profesional del derecho cita los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política de 1.991, las Leyes 131 de 1985 y 4 de 1.992 y los Decretos 1793 y 1794 de 2.000.

Expresó que al señor **Jhon Jairo Guzmán Gallego** se le ha cancelado una asignación básica diferente e inferior a la establecida en la Ley, generando de esta manera un detrimento patrimonial al actor. De igual manera, consideró que el Ejército Nacional al efectuar la liquidación del salario mensual del demandante tomando como asignación básica de lo que le corresponde a los soldados profesionales que fueron soldados voluntarios establecía en el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2.000 y no cancelar la diferencia que resulta de la liquidación con esta nueva base salarial para los años en los cuales las mesadas no están prescritas, infringe, los derechos laborales, al debido proceso, mínimo vital, a la igualdad y a la equidad.

Trámite procesal.

El 4 de mayo de 2.021 (expediente digital, archivo 4) el proceso fue sometido a reparto, correspondiéndole a este Despacho su conocimiento y la demanda fue recibida por parte de la oficina judicial en la misma fecha (expediente digital, archivo 2).

En consecuencia, mediante auto del 15 de octubre de 2.021 (expediente digital, archivo 9) se admitió la demanda, se ordenó la notificación a la entidad demandada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público.

Surtida en debida forma la notificación a las partes (expediente digital, archivo 10) dentro del término para contestar la demanda de la referencia, la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, allegó escrito en los siguientes términos:

Contestación entidad demandada.

Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

Se opuso a las pretensiones de la demanda pues consideró que carecen de sustento fáctico y jurídico, en razón a que el acto administrativo acusado no adolece de ninguna nulidad. Acto seguido precisó que, el incremento del 60% tiene exclusiva aplicación para aquellos soldados que continuaron adscritos a la institución como voluntarios, motivo por el cual, quienes se vincularon como soldados profesionales quedaron exceptuados de tal beneficio, ello en virtud de la taxatividad y especialidad del Decreto 17494 de 2.000, disposición que permitió el tránsito de los soldados voluntarios desde la fecha de expedición de dicho decreto hasta el 1 de noviembre de 2.003, cuando fueron incorporados como soldados profesionales, sin que tal situación implicara una desmejora laboral, simplemente se acogieron a un régimen legal y prestacional distinto.

Formuló como excepciones de mérito las que denominó: *i. legalidad del acto administrativo demandado* aseverando que, las prestaciones reconocidas al demandante se efectuaron conforme al régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública, el cual es un régimen especial que difiere en su aplicación respecto de la Ley 100 de 1.993 y que a todas luces, contemplan beneficios prestacionales más favorables a los miembros activos y retirados de las fuerzas militares, sin que de tal manera se desconozca el derecho a la igualdad, sin que ello afecte la pretensión encaminada al reajuste del 20% y la reliquidación de la prima de antigüedad y del subsidio familiar y, *ii. prescripción de derechos por inactividad injustificada del actor*, expresando que el derecho alegado está prescrito en razón a que transcurrieron los 4 años que dispone el artículo 174 del Decreto 1211 de 1.990, pues el demandante fue separado en forma absoluta de la institución mediante Resolución Nro. 205 del 14 de febrero de 2.011 y solicitó el reconocimiento y pago de las prestaciones aquí deprecadas el día 30 de septiembre de 2.020, por lo que aseveró que los emolumentos requeridos durante su periodo como activo en la entidad se encuentran prescritos, aunado a que afirmó que, el derecho a exigir el aumento del 20% se configuró desde el momento en que el actor fue reconocido como soldado profesional, es decir, a partir del momento en que recibió por primera vez su salario y consideró que estaba siendo desmejorado (expediente digital, archivo 11, folios 1 a 10).

La audiencia inicial.

Advertido que el numeral 1º. del artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020 en concordancia con la Ley 2080 de 2021 que modificó la Ley 1437 de 2011, facultó al Juez Contencioso Administrativo a proferir sentencia anticipada en asuntos de puro derecho o cuando no fuere necesario practicar pruebas, en el presente asunto no se llevó a cabo audiencia inicial, razón por la cual mediante auto del 18 de febrero de 2.022 (expediente digital, archivo 22), se realizó el control de legalidad, se resolvió sobre las excepciones propuestas, se adecuó el procedimiento en lo atinente a las pruebas, incorporándose las allegadas con la demanda y su contestación, decretándose las pruebas conducentes, pertinentes y útiles, se fijó el litigio y se reconoció personería a la apoderada judicial de la parte demandada. Adicionalmente, en la providencia en comento se precluyó el término probatorio y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, por el término común de 10 días.

En consecuencia, de la constancia secretarial de fecha 10 de marzo de 2.022 (expediente digital, archivo 26), se advierte que dentro del término concedido, la entidad demandada, allegó escrito.

Alegatos de Conclusión

Parte demandante.

Guardó silencio.

Parte demandada

Expuso que durante el año 2.003 a la fecha de su petición el actor no manifestó su inconformidad con el tránsito de soldado voluntario a soldado profesional ni tampoco promovió las acciones correspondientes para dirimir la discrepancia respecto del salario que percibía, motivo por el cual refirió que existe prescripción

Sentencia de 1ª Instancia
Radicado: 73001-33-33-005-2021-00082-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Jairo Guzmán Gallego
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

de derechos laborales. Adicionalmente indicó que, es necesario dar aplicación al término prescriptivo señalado en el artículo 174 del Decreto Ley 1211 de 1.990, teniendo en cuenta que el derecho a exigir el aumento del 20% solicitado en la demanda se configuró desde el momento en que el actor fue reconocido como soldado profesional, esto es, a partir del momento en que recibió por primera vez su salario y consideró que estaba siendo desmejorado (expediente digital, archivo 23).

Ministerio Público.

No emitió concepto de fondo.

Consideraciones.

Competencia.

Es competente este Despacho para aprehender el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el numeral 4 del artículo 104 del C. del P.A. y de lo C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 2º y 156 numeral 3º *ibídem*.

Problema jurídico.

Conforme se determinó en auto del 18 de febrero de 2.021, corresponde al Despacho determinar ¿Si el acto administrativo demandado contenido en el oficio Nro. 2020317002015481:MDN-COGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-IPER1.10 de fecha 10 de noviembre de 2.020, que negó el reconocimiento y pago del 20% del salario básico devengado por el demandante, así como la reliquidación de la prima de antigüedad y la partida de subsidio familiar, está ajustado o no a derecho, para lo cual debe analizarse el régimen jurídico aplicable al presente asunto y en consecuencia, determinar si el demandante tiene derecho a que se reajuste y reliquide la asignación mensual de retiro con inclusión del 20% sobre el salario básico en aplicación del Decreto 1794 de 2000 artículo 1º inciso 2º?, la prima de antigüedad (liquidación) y el reconocimiento del subsidio familiar a partir del 1 de julio de 2.014?.

Tesis parte demandante.

Debe declararse la nulidad del acto administrativo demandado, por cuanto está viciado de nulidad por adolecer de falsa motivación y haber infringido las normas en que debió fundarse, pues el actor pese a haber adquirido su condición de soldado profesional tiene derecho al reconocimiento del salario básico incrementado en un 60% conforme lo preceptúa la Ley 131 de 1985, norma que se le aplicó inicialmente cuando ostentaba la condición de soldado voluntario pero también a los soldados profesionales, ya que se vinculó al Ejército Nacional con anterioridad al 31 de diciembre de 2.000. De igual manera, aseveró que su poderdante tiene derecho al reajuste de la prima de antigüedad conforme al aumento ya mencionado, así como a la reliquidación de la partida de subsidio familiar a partir del 1 de julio de 2.014.

Tesis parte demandada.

Se opone a las pretensiones de la demanda como quiera que, el acto administrativo acusado no adolece de ninguna nulidad pues el Decreto 1794 de 2.000 permitió el tránsito de los soldados voluntarios desde la fecha de expedición de dicho decreto hasta el 1 de noviembre de 2.003, cuando fueron incorporados como soldados profesionales, sin que tal situación implicara una desmejora laboral, simplemente se acogieron a un régimen legal y prestacional distinto, máxime que indicó que el

Sentencia de 1ª Instancia
Radicado: 73001-33-33-005-2021-00082-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Jairo Guzmán Gallego
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

derecho alegado está prescrito en razón a que transcurrieron los 4 años que dispone el artículo 174 del Decreto 1211 de 1.990, pues el demandante fue separado en forma absoluta de la institución mediante Resolución Nro. 205 del 14 de febrero de 2.011 y solicitó el reconocimiento y pago de las prestaciones aquí deprecadas únicamente hasta el día 3 de septiembre de 2.020.

Tesis del Despacho.

Analizados los argumentos de hecho y de derecho de la demanda, de las contestaciones a la misma y los medios de prueba regular y oportunamente allegados al proceso, en el presente caso se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, de acuerdo con el criterio de unificación emitido por el Consejo de Estado frente al tema, pues resulta viable que por favorabilidad se reliquide la asignación de retiro del accionante, teniendo como partida computable, el incremento en un 20% de su salario ya que le resulta aplicable lo dispuesto en el Decreto 1794 de 2000 artículo 1 inciso segundo, teniendo en cuenta la fecha en que fue vinculado al Ejército Nacional tal y como aparece acreditado en las diligencias, al igual que la reliquidación de la asignación de retiro liquidando correctamente la prima de antigüedad, tal y como lo regula el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Finalmente, en lo atinente a la partida de subsidio familiar debe decirse que si bien el acto administrativo que reconoció la asignación de retiro al accionante fue proferido con posterioridad al Decreto 1162 del 24 de junio de 2014, no es menos cierto que el actor se encontraba desvinculado de la institución castrense desde el año 2.011 lo que permite colegir que dicha norma no había surgido en el ordenamiento jurídico vigente para el momento a partir del cual al señor Jhon Jairo Guzmán Gallego le fue reconocida su pensión de invalidez, razón por la cual no fue incluida la partida de subsidio familiar para efectos pensionales y se torna forzoso negar la aludida pretensión.

Marco Normativo.

De la nulidad y restablecimiento del derecho

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho tiene fundamento en el artículo 138 del C. de P.A. y de lo C.A., al alcance de toda persona que considere que con un acto administrativo se infirió agravio a sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, ejercicio con el cual se obtienen, de forma simultánea, tanto la nulidad del acto como el restablecimiento de los derechos personales violados por la decisión contenida en el acto o en los actos objeto de demanda.

Del principio de legalidad enunciado se aprecia, claramente, que la acción se origina en **un acto administrativo** que el demandante considera ilegal; **persigue** (objeto) la nulidad del acto y además el restablecimiento de un derecho, y/o la indemnización y/o la devolución de lo indebidamente pagado. Tal acción se encamina a: 1) **impugnar** la validez de un acto jurídico administrativo y, como declaración consecencial, 2) **restablecer** el derecho subjetivo lesionado.

Ahora bien, en el presente asunto el señor **Jhon Jairo Guzmán Gallego** en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho depreca la nulidad del oficio Nro. 2020317002015481: MDN-COGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-IPER1.10 de fecha 10 de noviembre de 2.020, que negó el reconocimiento y pago del 20% del salario básico devengado por el demandante, así como la reliquidación de

Sentencia de 1ª Instancia
Radicado: 73001-33-33-005-2021-00082-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Jairo Guzmán Gallego
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

la prima de antigüedad y la partida de subsidio familiar, acto por cuya ilegalidad aboga y a consecuencia de la aludida declaración de nulidad, pretende el restablecimiento de los derechos que estima conculcados por el proceder de la entidad accionada, para lo cual solicitó el reajuste y reliquidación de su asignación mensual de retiro con inclusión del 20% sobre el salario básico en aplicación del Decreto 1794 de 2000 artículo 1º inciso 2º?, la prima de antigüedad (liquidación) y el reconocimiento del subsidio familiar a partir del 1 de julio de 2.014.

Así las cosas, en sentir del Despacho en efecto, procede el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Al respecto se observa que se trata de un acto que impone una decisión administrativa proferida en una entidad pública que afecta, por no satisfacer o atender un derecho o interés subjetivo, individual o concreto; por consiguiente, es susceptible de control por esta jurisdicción mediante la pretensión que se ha promovido, y este Juzgado es competente para la presente demanda.

El Consejo de Estado² ha advertido al respecto:

“Conforme lo ha precisado la doctrina y la jurisprudencia, el acto administrativo es una especie dentro del género de los actos jurídicos, caracterizado por ser expresión del ejercicio de la función administrativa del Estado, independientemente del órgano que lo expide o produce³, entendida ésta como aquella actividad estatal que cumplen o desarrollan los agentes del Estado y lo particulares expresamente autorizados por la ley⁴, la cual, a diferencia de la función legislativa, se ejerce en el plano sublegal⁵, y, que excepto las supremas autoridades administrativas, por esencia, participa de la presencia de un poder de instrucción⁶.

Por lo tanto, desde el punto de vista de su contenido, el acto administrativo consiste entonces en la expresión de la voluntad, generalmente unilateral⁷, de la administración o de los

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de septiembre de 2000, Radicado 12244 – Contractual. Demandante: María del Consuelo Herrera Osorio, Demandada: la Nación - Ministerio de Comunicaciones, Consejero Ponente: Dr. GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR.

³ GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo - El Acto Administrativo”, 1ª Ed. Colombiana, Edit. Biblioteca Jurídica Dike, Santafé de Bogotá, 1999, pág. I-14.

⁴ Como es el caso por ejemplo de las Cámaras de Comercio, a quienes la ley les ha encomendado el manejo del registro mercantil (arts. 26 y 27 del Código de Comercio) y el registro de proponentes para la contratación estatal (art. 22 de la ley 80 de 1993), o la función notarial confiada a particulares (art. 1º del decreto 960 de 1979), o las entidades bancarias en cumplimiento del encargo de recaudación de tributos, etc.

⁵ Es decir, con una doble subordinación normativa: la primera a la Constitución Política y, la segunda, la ley; en tanto que la función legislativa se ejerce con arreglo a la primera de tales sujeciones.

⁶ Esta es precisamente una de las notas tipificadoras que permite distinguir la función administrativa de la función jurisdiccional. Sin embargo, por orden lógico de organización y de colocación de las cosas, de ese poder de instrucción se exceptúan las supremas autoridades administrativas, como acontece por ejemplo con el Presidente de la República, los gobernadores departamentales y los alcaldes municipales (con excepción de algunas precisas materias en las que éstos, por expresa disposición constitucional, constituyen agentes del Presidente, v. gr. en el manejo del orden público, art. 296).

⁷ Aunque hoy en día, en desarrollo de la participación de los administrados en la gestión de las tareas del Estado en general y de la actividad administrativa en particular, lo mismo que, como producto del fenómeno de la concertación como estrategia de gobierno, el acto administrativo ha dejado de ser exclusivamente expresión de la voluntad “unilateral” de la administración pública, para dar paso a la participación del gobernado en la producción de los actos administrativos, como por ejemplo, en la adopción de medidas como la fijación de los incrementos salariales, la liquidación consensual de los contratos estatales, la adopción de planes y programas de desarrollo, etc.

Sentencia de 1ª Instancia
Radicado: 73001-33-33-005-2021-00082-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Jairo Guzmán Gallego
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

particulares -expresamente autorizados para hacerlo-, en cumplimiento de función administrativa, dirigida a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas particulares o generales, entendidas éstas a su vez, como las distintas posiciones que pueden tener las personas frente a determinadas normas o formas de derecho, como por ejemplo, las situaciones de servidor público, contribuyente, usuario de un servicio público, contratista, oferente, etc.

En ese contexto, desde el punto de vista de su estructura, los elementos del acto administrativo son los siguientes: a) El objeto (una decisión); b) la competencia (facultad o capacidad para producir el acto); c) los motivos (razones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la decisión); d) las formalidades (conjunto de requisitos sucesivos que integran un procedimiento para la expedición del acto), y e) la finalidad (objetivo o propósito que se busca alcanzar con el acto, la cual comprende una común de todo acto, que es el interés general, y las específicas de cada acto en particular), los cuales, desde un perspectiva metodológica de su presentación, podría decirse que corresponden, en su orden, a los siguientes interrogantes: qué, quién, por qué, cómo y para qué.”. El acto demandado pues, cumple con todos estos requisitos y por ello es un acto administrativo digno de ser juzgado.

Marco Jurisprudencial.

Sentencia de Unificación CE-SUJ2 Nro. 003/16, fechada el 25 de agosto de 2016, radicación CE-SUJ2 85001333300220130006001, número interno 3420-2015, Consejera Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, Tema: Reconocimiento del reajuste salarial y prestacional del 20% reclamado por los soldados voluntarios y que se incorporaron como soldados profesionales, en aplicación del inciso 2 del artículo 1 del decreto reglamentario 1794 de 2000.

Sentencia que fue aclarada con auto de fecha 6 de octubre de 2016, en cuanto a los numerales 4 y 7 de la parte resolutive.

De la transición de soldado voluntario a profesional.

Sea lo primero precisar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 216 de la Constitución Política de 1991, la Fuerza Pública se encuentra integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

El artículo 217 *ibídem*, establece que las Fuerzas Militares se encuentran conformadas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, de esta manera, la normativa que regula el asunto en litigio, en tanto que el actor laboró en el Ejército Nacional, es la que corresponde a las Fuerzas Militares.

La **Ley 131 de 1985** “Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario”, dispuso:

“(…)

Artículo 2. *Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio militar voluntario, cuando las circunstancias lo permitan (...).*

Artículo 4. *El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente,*

incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto."

Se estableció entonces, mediante la citada ley, el servicio militar voluntario para quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifestaran su intención de prestar el servicio militar voluntario y fueran aceptados para tal efecto, señalándose para estos una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario.

Posteriormente y con el propósito de profesionalizar a todos los soldados que agrupan las Fuerzas Militares del país, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 1793 del año 2000**, "mediante el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares", normativa que definió quienes eran soldados profesionales, estableciendo su sistema de incorporación, los requisitos para la incorporación e instituyendo además un régimen de transición, para aquellos soldados que fueron vinculados mediante la ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, y que expresaran su intención de incorporarse como profesionales, a quienes se les aplicaría íntegramente lo dispuesto en dicho decreto, pero respetándoseles el porcentaje de la prima de antigüedad que tuvieran al momento de la incorporación al nuevo régimen.

Se citan en lo pertinente las siguientes preceptivas:

"Artículo 1. Soldados profesionales. Los soldados profesionales son 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 (...)."

(...)

"Artículo 38. Régimen salarial y prestacional. El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos."

(...)

"Artículo 42. Ámbito de aplicación. El presente decreto se aplicará tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con lo establecido por la Ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales."

Como se advierte, se difirió en cabeza del Gobierno Nacional la tarea de expedir el régimen salarial y prestacional del soldado profesional con base en lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos. De igual manera, se dispuso la aplicación del mismo tanto a los soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad con la Ley 131 de 1985 como a los nuevos soldados profesionales.

Del régimen salarial y prestacional aplicable a quienes a 31 de diciembre de 2000 fungían como soldados voluntarios.

En desarrollo del artículo 38 citado en el apartado anterior y de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 1794 de 2000** por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, norma que en su artículo 1º preceptuó sobre la asignación salarial mensual, lo siguiente:

“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%).” Resaltado del Despacho.

De lo anterior se concluye que, a diferencia de lo dispuesto para los soldados profesionales que se vincularan a partir del 1º de enero de 2001, los cuales devengarían un salario mensual equivalente a un salario mínimo incrementado en el 40% del mismo salario, los soldados que fungían como voluntarios antes del 31 de diciembre de 2000, por virtud de una transición legal y la prerrogativa de incorporación en ella establecida, devengarían un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).

De suerte que, ante una petición de reconocimiento y pago de la diferencia salarial del 20% dejada de pagar por la entidad castrense a quien demuestra que ingresó a las filas del Ejército Nacional en calidad de “soldado voluntario” antes del 30 de diciembre del año 2000 e incorporado como profesional con ocasión de la expedición del multicitado decreto 1793 de 2000, lo propio es su cancelación, en aras de no menoscabar su derecho adquirido y el principio de progresividad que rige en materia salarial y prestacional.

Reglas jurisprudenciales de unificación sobre el derecho que les asiste a los soldados voluntarios hoy profesionales a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

El Consejo de Estado en sentencia proferida el pasado 25 de agosto de 2016⁸ y con fundamento en el artículo 271 del C. de P.A. de lo C.A., asumió la competencia con la finalidad no solamente de proferir fallo de segunda instancia para el caso concreto, sino esencialmente para emitir la respectiva sentencia de unificación jurisprudencial sobre el reconocimiento del reajuste salarial y prestacional del 20% reclamado por los soldados voluntarios y que luego se incorporaron como profesionales, fijando las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:

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

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

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de Unificación CE-SUJ2 Nro. 003/16 del 25 de agosto de 2016, Radicado: CE-SUJ2 85001333300220130006001, número interno 3420-2015, Demandante: Benicio Antonio Cruz, Demandado: Ministerio de Defensa - Fuerzas Militares de Colombia - Ejército Nacional, C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

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 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 101 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente.”.*

De la prima de antigüedad en el reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 indicó que la prima de antigüedad sería partida computable de la asignación de retiro de la cual gozaría el personal de soldados profesionales del Ejército Nacional, en los siguientes términos:

*“(…) 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. (...)”* (subraya y negrilla del Juzgado).

En consecuencia, en virtud de la norma en comento la prima de antigüedad como partida computable de la asignación de retiro para el personal de las Fuerzas Militares, debe ser cancelada de la siguiente manera conforme lo establece el artículo 2 del Decreto 1794 de 2000:

“ARTICULO 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%).”

PARAGRAFO. 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.”

Respecto de la forma en que debe interpretarse el contenido del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el Consejo de Estado indicó⁹:

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

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia 29 de abril de 2015, radicación 11001-03-15-000-2015-00801-00, C.P.: GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN.

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

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

Así las cosas, se tiene que para efectos de liquidar la asignación de retiro de la cual resultan ser beneficiarios los soldados profesionales retirados del servicio, 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.

Del subsidio familiar para los soldados profesionales.

La Ley 21 de 1982¹⁰ definió el subsidio familiar como una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, siendo su objetivo fundamental el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.

En tal sentido, la Corte Constitucional¹¹, en cuanto a la **naturaleza jurídica del subsidio familiar**, consideró que el mismo pretende beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos dentro de un criterio que mira la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar; de modo que se constituye como un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento.

Así ha reconocido el Tribunal Constitucional:

“Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral. Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social.”

¹⁰ “Por la cual se modifica el régimen del Subsidio Familiar y se dictan otras disposiciones”

¹¹ Sentencia C – 508 de 1997 Exp. D-1627. M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA.

De la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro.

La Ley 923 de 2004¹² por medio de 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, estableció:

“Artículo 3o. Elementos Mínimos. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

3.1. El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años.

(...)

3.2. El monto de la asignación de retiro será fijado teniendo en cuenta el tiempo de servicio del miembro de la Fuerza, el cual no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) por los primeros quince (15) años de servicio, ni superior al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

(...)

3.3. 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.

(...)”

Po su parte 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, en cuanto a las partidas computables para liquidar el monto a reconocer como asignación de retiro del personal de las fuerzas militares, precisó:

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

(...)

13.2 Soldados Profesionales:

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

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

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

A su turno, con el **Decreto 1162 de 2014**, el Presidente de la República en desarrollo de los postulados generales establecidos en la Ley 923 de 2004 expidió la siguiente disposición en materia de asignación de retiro y **pensiones de invalidez para los Soldados Profesionales** e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares:

“Artículo 1. A partir de julio de 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación

¹² “Mediante 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.”

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.”

Conforme a ello, pese a que en principio no se autorizaba la inclusión como partida computable del subsidio familiar para los soldados profesionales, tras la expedición del Decreto 1162 de 2.014 se incluyó como factor prestacional a tener en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro el subsidio familiar para dicho personal, determinándose como porcentaje para su computo el 30% del valor devengado en actividad.

Ahora bien, en efecto el Decreto 4433 de 2004, en cuanto a las partidas computables para el personal de las fuerzas militares y los porcentajes en los cuales debe computarse cada una de las partidas de la asignación de retiro de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, determina:

“ARTICULO 13. 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 encuentra reconocido a la fecha de retiro...”.

Por su parte el artículo siguiente dispuso:

“ARTICULO 14. Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados con dieciocho (18) o más años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de 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, así:

14.1 Sesenta y dos por ciento (62%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los dieciocho (18) primeros años de servicio.

14.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los dieciocho (18) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

14.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

(...)”

Sin embargo, se aclara que fue previo a la expedición del mencionado Decreto 1162

de 2.014, que esta jurisdicción en virtud del principio de igualdad venía dando alcance al contenido del Decreto 4433 de 2004, con el fin de incluir el subsidio familiar como partida computable para el personal de soldados profesionales para los cuales había sido excluido tal beneficio prestacional en su asignación de retiro, pese a que la devengaban en actividad. En esa oportunidad, el Consejo de Estado consideró:

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

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

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

En esas condiciones, se concluye que si bien es cierto el Tribunal Administrativo del Tolima aplicó en debida forma la norma que regula el régimen de pensiones y asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública; también lo es que, en el sub-lite resulta inaplicable por ser violatoria del principio de igualdad, al excluir de un beneficio prestacional a los Soldados Profesionales, que son el nivel más inferior en jerarquía, grado y salario de la estructura de las Fuerzas Militares, siendo el sector que en realidad lo necesita.”¹³

De suerte que aun cuando el Decreto 4433 de 2004, dispone la inclusión para los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares del subsidio familiar como partida computable, lo cierto es, que, a partir del 24 de junio de 2014, con la expedición del Decreto 1162 de 2014 se reguló su reconocimiento para el personal de soldados profesionales, siendo por tanto esta la disposición legal aplicable.

Ahora bien, en relación con el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales, causada con posterioridad a la vigencia del Decreto 1162 de 2014 el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019, consideró lo siguiente:

*“(…). 185. Las normas en comento [Ley 21/82, Dec. 1211/90, Dec. 1794/00, Dec. 3770/09, Dec. 1194/00, Dec. 1161/14 y Dec. 1162/14] llevan a concluir que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, 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,*

¹³ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 11 de diciembre de 2014, expediente: 2014-02292-01, C.P.: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.

- *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.*

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%¹⁶ para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000¹⁷ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.” (Énfasis fuera de texto).

(...)

295. En el caso del demandante y toda vez que cumplió los requisitos para la asignación de retiro y se retiró del servicio sin entrar en vigencia los Decretos 1161 y 1162 de 2014, estaríamos en la hipótesis contemplada en la regla 3 fijada en esta sentencia, según la cual, para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no podrá ser tenido en cuenta como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, por lo cual hay lugar a revocar la decisión del A quo, que ordenó a CREMIL liquidar la prestación del demandante con inclusión de este emolumento.

296. En lo que respecta a este punto es importante señalar igualmente que no es dable aplicar la excepción de inconstitucionalidad en relación con el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, dado que como se explicó en precedencia, el no incluir el subsidio familiar como partida computable para el caso de los soldados profesionales no vulnera su derecho a la igualdad.

297. En conclusión, el subsidio familiar no puede ser incluido como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro del demandante.”¹⁸ (Subraya esta Dependencia).

En ese sentido, y para esta situación en concreto, la referida Corporación fijó las siguientes reglas:

¹⁴ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

¹⁵ Artículo 5 del Decreto 1161 de 2014.

¹⁶ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

¹⁷ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Sala Plena. C.P. William Hernández Gómez. Radicado N° 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16). CE-SUJ2-015-19. Sentencia de Unificación.

“(…). Reglas de unificación:

253. De (...) lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia 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%¹⁹ para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000²⁰ 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.* (Subraya el Juzgado).

*(...).*²¹

Hechos probados.

- El señor Soldado Profesional **Jhon Jairo Guzmán Gallego** ingresó al Ejército Nacional como soldado voluntario desde el 20 de noviembre de 2.000 al 31 de octubre de 2.003; y finalmente, se desempeñó como soldado profesional desde el 1 de noviembre de 2.003 al 14 de febrero de 2.011, prestando sus servicios al Ejército Nacional durante 10 años, 2 meses y 4 días (expediente digital, archivo 3, folio 32).
- Resolución Nro. 205 del 14 de febrero de 2.011, proferida por el Jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional mediante la cual se separó en forma absoluta de las Fuerzas Militares al señor Jhon Jairo Guzmán Gallego, por sanción impuesta por la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares al demandante, por incurrir en graves violaciones al Derecho Internacional

¹⁹ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

²⁰ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Sala Plena, sentencia de unificación CE-SUJ2-015-19, Radicado Nro. 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16), C.P. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

Humanitario (expediente digital, archivo 3, folio 45).

- De la hoja de servicios Nro. 3-93296724 del 6 de abril de 2.011 se evidencia que el señor Jhon Jairo Guzmán Gallego devengó en su último año de servicio, la suma de (\$749.840) por concepto de sueldo básico y la prima de antigüedad en porcentaje del 58.50% equivalente a \$438.656, subsidio familiar en porcentaje del 4 % la suma de \$468.650 y bonificación de orden público de soldado profesional en cuantía de \$187.460 (expediente digital, archivo 14, folios 14 a 15).
- Mediante Acta de Junta Médica Laboral de fecha 15 de agosto de 2.017, en la que se determinó que el señor Jhon Jairo Guzmán Gallego cuenta con incapacidad permanente parcial por pérdida de capacidad laboral del 65.08% (expediente digital, archivo 3, folios 33 a 37).
- Mediante Resolución Nro. 2241 del 24 de mayo de 2.018, el Ministerio de Defensa Nacional reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual de invalidez al demandante, a partir del 15 de agosto de 2.014 en cuantía de \$616.000, adicionada en un 43.2% de la prima de antigüedad (expediente digital, archivo 3, folios 41 a 44).
- Por Resolución Nro. 252383 del 3 de agosto de 2.018, por la cual se reconoce y ordena el pago de indemnización por disminución de la capacidad laboral al señor Jhon Jairo Guzmán Gallego en cuantía de \$4.0468.289 (expediente digital, archivo 3, folios 38 a 39).
- Por petición de 30 de septiembre de 2.020, radicado en la entidad demandada el 1 de octubre de 2.020, el demandante solicitó a la institución accionada que en la liquidación de su asignación básica se tomara como base de liquidación el salario mínimo incrementado en un 60% sobre el mismo, así como la reliquidación de la prima de antigüedad en porcentaje del 58.5% y el subsidio familiar (expediente digital, archivo 3, folios 12, 13 a 16 y 18).
- Mediante oficio Nro. 2020317002015481 del 10 de noviembre de 2.020 la Sección Nómina del Ejército Nacional negó el reconocimiento prestacional pretendido por el demandante (expediente digital, archivo 3, folio 28).

Caso concreto.

Está acreditado en el proceso que el señor **Jhon Jairo Guzmán Gallego** prestó sus servicios a favor del Ejército Nacional como: i) soldado voluntario desde el 20 de noviembre de 2.000 al 31 de octubre de 2.003 y ii) soldado profesional desde el 1 de noviembre de 2003 al 14 de febrero de 2.011, prestando sus servicios al Ejército Nacional durante 10 años, 2 meses y 4 días (expediente digital, archivo 3, folio 32).

De acuerdo con lo anterior, el tránsito del demandante de soldado regular a soldado profesional, está regulado por el artículo 1º inciso 2º del Decreto Reglamentario 1794 de 2.000.

Adicionalmente, se demostró que mediante Resolución Nro. 2241 del 24 de mayo de 2.018, el Ministerio de Defensa Nacional reconoció y ordenó a partir del 14 de febrero de 2.011 el pago de la pensión mensual de invalidez al demandante, pagadera desde el 15 de agosto de 2.014 en cuantía de \$616.000, adicionada en un 43.2% de la prima de antigüedad (expediente digital, archivo 3, folios 41 a 44).

En consecuencia, se evidencia que la disparidad existente en las dos fechas previamente referidas obedece a que: **i.** el actor fue separado en forma absoluta y

retirado del servicio mediante Resolución Nro. 205 del 14 de febrero de 2.011, por sanción impuesta por la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares (expediente digital, archivo 3, folio 45) y, **ii.** el 15 de agosto de 2.017 le fue practicada la Junta Médica Laboral en la que se determinó la pérdida de capacidad laboral del 65.08%, y sobre la cual se consideró que configuró la prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 15 de agosto de 2.014.

De igual manera, se encuentra acreditado que por petición del **30 de septiembre de 2.020**, el demandante por conducto de apoderado judicial solicitó a la entidad demandada que en la liquidación de su asignación básica se tomara como base de liquidación el salario mínimo incrementado en un 60% sobre el mismo, así como la reliquidación de la prima de antigüedad en porcentaje del 58.5% y el subsidio familiar (expediente digital, archivo 3, folios 12, 13 a 16 y 18); no obstante, mediante oficio Nro. 2020317002015481 del 10 de noviembre de 2.020, la Sección Nómina del Ejército Nacional denegó el reconocimiento solicitado (expediente digital, archivo 3, folio 28).

En este orden de ideas, al encontrarse acreditado que el demandante ingresó al servicio del Ejército Nacional como soldado voluntario y posteriormente, fungió como soldado profesional, el Despacho advierte que el régimen salarial aplicable es el contenido en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2.000, motivo por el cual, el actor tenía derecho a continuar percibiendo como asignación básica un salario mínimo incrementado en un 60%; pese a lo anterior, la entidad nominadora para aquella época - Ejército Nacional, liquidó su asignación básica en los términos del inciso primero de la aludida normativa, desconociendo el régimen de transición a favor del demandante.

Por lo anterior, se tiene que para los años subsiguientes, la entidad demandada liquidó el sueldo básico en un 20% así:

Año	Salario mínimo por año	Sueldo básico devengado (40%)	Sueldo básico actualizado (60%)
2003	332.000	464.800	531.200
2004	358.000	501.200	572.800
2005	381.500	534.100	610.400
2006	408.000	571.200	652.800
2007	433.700	607.180	693.920
2008	461.500	646.100	738.400
2009	496.900	695.660	795.040
2010	515.000	721.000	824.000
2011	535.600	749.840	856.960
2012	566.700	793.380	906.720
2013	589.500	825.300	943.200

Sentencia de 1ª Instancia
Radicado: 73001-33-33-005-2021-00082-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Jairo Guzmán Gallego
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

2014	616.000	862.400	985.600
2015	644.350	902.090	1.030.960
2016	689.454	965.235	1.103.126
2017	737.717	1.032.763	1.180.347

De lo que se sigue, por cumplir con la condición prevista en el inciso 2° del art. 1° del Decreto 1794 de 2.000, el demandante debió recibir como retribución a título de salario básico, un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), en consecuencia, con independencia de que el demandante se hubiera acogido a un nuevo régimen que le ofrecía el reconocimiento de prestaciones sociales que antes no recibía, es claro que, la entidad accionada sí causó un perjuicio al demandante al rebajar en un 20% el salario básico que en otrora percibía.

De conformidad con lo anterior, atendiendo a las reglas de unificación de la jurisprudencia del Consejo de Estado y lo establecido en el Decreto 1794 de 2000 artículo 1 inciso 2°, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

Como el demandante Jhon Jairo Guzmán Gallego cumple con los requisitos establecidos en el citado decreto, en términos de la transición de soldado voluntario a soldado profesional, tiene derecho al reconocimiento y pago de la diferencia equivalente al 20%, y en consecuencia a que se reliquide la asignación de retiro que devenga en lo correspondiente a que la partida del “salario mensual” sea incrementada en un 60%, y a reconocer y pagar los valores retroactivos generados con ocasión de la diferencia que surja con lo percibido por el demandante inicialmente como **soldado voluntario** y con posterioridad como **soldado profesional**, a partir de la fecha de su incorporación como tal, esto es al 1 de noviembre de 2.003.

De igual manera, el actor deprecia el reajuste del porcentaje de la **prima de antigüedad** en el 58.5% haciendo referencia al artículo 2 del Decreto 1794 de 2.000, a cuyo tenor literal indica:

“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”.*

A su turno, para efectos pensionales y/o de asignación de retiro el artículo 16 del Decreto 4433 de 2.004, dispone:

“Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.” (Resalto fuera del texto original).

De la norma en cita se evidencia que dicha prestación económica equivale al 70% de salario mensual indicado en el numeral 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, **adicionado** en un 38.5% de la prima de antigüedad, señalando que este último se obtiene partiendo del 100% del salario mensual conforme lo decantó el H. Consejo de Estado en la sentencia del 9 de marzo de 2.017, radicación número: 66001-23-33-000-2013-00079-01(2898-14); no obstante, como de forma clara lo señala el artículo 16 del Decreto 4433 de 2.004, tal partida será incluida en el aludido porcentaje cuando los soldados profesionales sean retirados del servicio activo con 20 años de servicio.

Situación que no aconteció en el asunto de la referencia pues como se vio el señor Jhon Jairo Guzmán Gallego estuvo vinculado a las filas del Ejército Nacional durante **10 años, 2 meses y 4 días** pues fue separado en forma absoluta de su cargo como soldado profesional y posteriormente, fue calificado con 65.08% de disminución de la capacidad laboral por lesión en combate por acción directa del enemigo y afecciones consideradas enfermedad profesional y común, motivo por el cual le fue reconocida pensión de invalidez en el equivalente al salario mínimo mensual legal vigente para el año 2.014 (\$616.000) y la partida de prima de antigüedad en un **43.2%** pues es sobre este porcentaje que se liquida a partir del décimo año de servicio, en atención a lo regulado en el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004 y no así por el indicado por el demandante.

Así, es claro para este Despacho que al no haber sido el artículo 16 sino el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 el sustento normativo de reconocimiento prestacional al demandante, que se reitera, es una pensión de invalidez y no así una asignación de retiro propiamente dicha, no puede extenderse los efectos de la norma en comento, por lo cual se denegará la reliquidación de la prima de antigüedad en tal sentido.

No obstante lo anterior, de acuerdo con lo reglado en los artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 9º y 11º del Decreto Reglamentario 1794 de 2.000, los soldados profesionales, tanto los que se vincularon por primera vez, como los que fueron incorporados siendo voluntarios, tienen derecho al **reconocimiento y pago de las primas de antigüedad**, de servicios anual, vacaciones y navidad, así como el subsidio familiar y las cesantías, y se liquidan con base en el salario básico devengado, por lo que, es evidente que el reajuste salarial del 20% reclamado tiene efectos tanto en el salario básico como en las prestaciones sociales, específicamente en la prima de antigüedad.

Quiere decir lo anterior que el ajuste salarial del 60% a que tienen derecho los soldados profesionales que venían como voluntarios, lleva aparejados efectos en las prestaciones y da lugar también a que les sean reliquidadas, en un mismo porcentaje, como es el caso de la prima de antigüedad deprecada en el presente asunto, pues la

Sentencia de 1ª Instancia
Radicado: 73001-33-33-005-2021-00082-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Jairo Guzmán Gallego
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

parte actora efectivamente solicitó la reliquidación de la prima de antigüedad sobre el salario mínimo incrementado en un 20%.

Así las cosas, el actor tiene derecho a que se reliquide la asignación de retiro que devenga en lo correspondiente a que la partida del *“salario mensual”* sea incrementada en un 60%, así como a la prima de antigüedad teniendo en cuenta el respectivo aumento, pero se reitera, únicamente en el porcentaje que le fue reconocido mediante Resolución Nro. 2241 del 24 de mayo de 2.018 y no así como lo solicita el actor. De igual manera, el demandante tiene derecho a que se reconozca y pague a su favor los valores retroactivos generados con ocasión de la diferencia que surja con lo percibido por el actor desde el reconocimiento de la asignación de retiro, así como a la indexación y al pago de los intereses de mora desde la fecha de reconocimiento a la fecha de pago.

En punto al **subsidio familiar**, está acreditado el Ministerio de Defensa Nacional mediante la Resolución Nro. 2241 del 24 de mayo de 2.018, reconoció a partir del 14 de febrero de 2.011 una pensión de invalidez al señor Jhon Jairo Guzmán Gallego y ordenó el pago de la misma a partir del 15 de agosto de 2.014 en cuantía de \$616.000, adicionada en un 43.2% de la prima de antigüedad (expediente digital, archivo 3, folios 41 a 44).

Adicionalmente, se demostró que por petición de 30 de septiembre de 2.020 el demandante solicitó a la institución accionada el reconocimiento de la partida de subsidio familiar en su asignación de retiro (expediente digital, archivo 3, folios 12, 13 a 16 y 18); solicitud que le fue denegada por la entidad accionada mediante oficio Nro. 2020317002015481 del 10 de noviembre de 2.020 (expediente digital, archivo 3, folio 28).

Ahora bien, como se expuso en el marco normativo y jurisprudencial, particularmente la sentencia de unificación del Consejo de Estado, **se fijó la siguiente regla respecto del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales: i) si la asignación de retiro se causa con posterioridad a la vigencia del Decreto 1162 de 2.014**, tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida **y ii) si la asignación de retiro es causada con anterioridad al mes de julio de 2014**, la partida de subsidio familiar no es computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.

Adicional a ello, en dicha providencia el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción recordó el valor vinculante y obligatorio de la sentencia y dispuso que las reglas jurisprudenciales fijadas se deben acoger en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial, salvo en los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Ahora bien, en reciente pronunciamiento el H. Consejo de Estado acogiendo la sentencia de unificación del 25 de abril de 2.019 denegó la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de

un soldado voluntario cuya asignación de retiro fue reconocida antes de la expedición del Decreto 1794 de 2.000, para lo cual se permite extraer lo siguiente:

“(…)

En tal pronunciamiento se aclaró 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».

De igual manera, se señaló que 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 devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000²³ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida».

En conclusión, se precisó que 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 (...)

(…)

Por otra parte, en lo referente al subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, es preciso resaltar que a pesar de que en la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019 se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, para incluir tal presupuesto en la liquidación de la asignación de retiro, lo cierto es que ello va dirigido a los soldados profesionales que causen su derecho a esta prestación «a partir de julio de 2014», fecha que hace alusión a lo dispuesto en los Decretos 1161 y 1162 de 2014, que expresamente incluyeron para esos uniformados tal subsidio familiar como partida computable para liquidar su asignación de retiro.

Así entonces, como el demandante acreditó los requisitos para la asignación de retiro y se desvinculó del servicio, cuando aún no habían entrado en vigor los Decretos 1161 y 1162 de 2014, el subsidio familiar que hubiese llegado a devengar, en proporción al 4% del salario básico, no puede ser tenido en cuenta como partida computable para la liquidación de la aludida prestación, toda vez que no estaba definida en la ley y la disposición que lo cobijaba en el presente caso - artículo 13 del Decreto 4433 de 2004-, no lo consagraba.

Es preciso resaltar que en el presente caso no es viable la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad en relación con el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, dado que como se explicó en la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, el no incluir el subsidio familiar como partida computable para el caso de los soldados profesionales no vulnera su derecho a la igualdad, si se atienden sus situaciones de hecho particulares y los principios de progresividad y libertad

²² Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

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

de configuración del legislador."²⁴ (Negrilla del Juzgado).

Dicha postura se acoge por cuanto existe disposición expresa –esto es el Decreto 1162 de 2014- que reguló y asignó un porcentaje para el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales.

Es decir, el Gobierno Nacional con el Decreto 1162 de 2014, reguló de forma específica en virtud de las facultades otorgadas por la Ley 923 de 2004, el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, indicándose los parámetros a tener en cuenta para efectos del reconocimiento del subsidio familiar para los Soldados Profesionales, como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez, que en principio no había sido consagrado para ellos, determinándose su monto en un 30% del valor obtenido en actividad.

De ahí que, existiendo una regulación especial sobre el reconocimiento del subsidio familiar para los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, no puede ser desconocida, menos cuando 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, por cuanto con anterioridad a dicha fecha, no existía disposición legal que la estableciera.

Luego entonces, es claro que tras su regulación, el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro a favor de los Soldados Profesionales, debe hacerse conforme al Decreto 1162 de 2014, y no en los términos del Decreto 4433 de 2004, toda vez que este último contempla los parámetros de liquidación del mencionado beneficio prestacional para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

Ha de aclararse, que, existiendo regulación expresa sobre alguna materia, debe preferirse ésta en su aplicación. En tal sentido, resulta pertinente citar el artículo 230 Superior, en virtud del cual se establece que los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley, fuente formal y principal del derecho, bajo la cual se encuentran regidos las autoridades judiciales.

Precisado lo anterior, se advierte que si bien el acto administrativo que reconoció la pensión de invalidez al accionante fue proferido el 15 de agosto de 2014, esto es, con posterioridad a la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, no es menos cierto que el hoy demandante fue retirado del servicio el día 14 de febrero de 2011, momento en el cual fue separado de sus funciones como soldado profesional en virtud de sanción disciplinaria por violación al Derecho Internacional Humanitario, motivo por el cual la prestación de invalidez reconocida al señor Jhon Jairo Guzmán Gallego se reconoció a partir del 14 de febrero de 2011 en los términos y porcentajes ya indicados en esta sentencia y no así, desde la expedición de tal resolución de reconocimiento; lo que permite colegir que la norma cuya aplicabilidad deprecia respecto de la partida de subsidio familiar no había surgido en el ordenamiento jurídico vigente para el momento en que el señor Jhon Jairo Guzmán Gallego causó

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia del 28 de febrero de 2020, radicación 17001-23-33-000-2013-00509-01(3265-14), C.P.: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS.

Sentencia de 1ª Instancia
Radicado: 73001-33-33-005-2021-00082-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Jairo Guzmán Gallego
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

su derecho a la pensión de invalidez, razón por la cual no fue incluida la partida de subsidio familiar para efectos pensionales, de tal suerte que se torna forzoso negar esta pretensión.

De acuerdo con lo expuesto, se declarará la nulidad parcial del oficio Nro. 2020317002015481 del 10 de noviembre de 2.020, mediante el cual la Sección Nómina del Ejército Nacional negó el reajuste de la pensión de invalidez percibida por el demandante. No obstante, se destaca que tal declaratoria recae únicamente sobre la negativa en la inclusión de la partida de “*salario mensual*” incrementada en un 60%, y el consecuente reajuste de la pensión de invalidez frente al porcentaje correspondiente de la prima de antigüedad que devenga el demandante.

A título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional** a reliquidar la asignación de retiro devengada por el señor Jhon Jairo Guzmán Gallego en lo correspondiente a que la partida de “*salario mensual*” desde el mes de noviembre de 2003 en adelante, teniendo como tal lo correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, y reconocer y pagar los valores retroactivos generados con ocasión de la diferencia que surja con lo percibido por el demandante.

Adicionalmente, se ordenará a la entidad demandada reliquidar a favor del señor Jhon Jairo Guzmán Gallego y en un mismo porcentaje, **la prima de antigüedad en el porcentaje que le fue reconocido mediante Resolución Nro. 2241 del 24 de mayo de 2.018**, que correspondan hasta la fecha de su retiro del servicio y en consecuencia reconocer y pagar al demandante los valores retroactivos generados por dichos conceptos, con ocasión de la diferencia que surja del reajuste de la asignación básica mensual aquí reconocida, esto es, la correspondiente al salario mínimo legal mensual incrementado en un 60% causados desde el mes de noviembre de 2003.

Las sumas aquí ordenadas serán reajustadas conforme a los ajustes legales y actualizadas, mes por mes, desde la fecha en que se causó el derecho hasta el momento de la sentencia con aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la diferencia insoluta, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el IPC certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

Así mismo, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mes y concepto, en cuanto a su diferencia insoluta.

Así mismo, la entidad demandada deberá efectuar la respectiva modificación en la hoja de servicios del señor **Jhon Jairo Guzmán Gallego** remitiendo copia de la misma a CREMIL, para lo de su cargo.

Bajo la anterior orientación, es menester declarar probada parcialmente la excepción propuesta por la apoderada judicial de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y que denominó *legalidad del acto administrativo demandado*, pues como se vio la negativa de la entidad implicó el desconocimiento parcial de los derechos del señor Jhon Jairo Guzmán Gallego, particularmente del reajuste del 20% del salario básico devengado y de la incidencia de tal reajuste en la prima de antigüedad a él reconocida, consecuencia de lo atrás expuesto.

Prescripción.

El Decreto 1211 de 1990²⁵ establece en el artículo 174 que los derechos consagrados en ese estatuto, prescriben en 4 años que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles y que el reclamo escrito sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

No obstante, resulta pertinente destacar que pese a que la sentencia de unificación dictada por el Honorable Consejo de Estado²⁶, fue clara en permitir la aplicación de la prescripción cuatrienal contemplada en el Decreto 1211 de 1990, la aludida Corporación en recientes pronunciamientos²⁷ aclaró que en casos como el que ocupa la atención del Despacho, esto es, la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, se debe dar aplicación al término de prescripción contenido en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, a cuyo tenor literal señala:

“ARTÍCULO 43. Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual.

Los recursos dejados de pagar como consecuencia de la prescripción de que trata el presente artículo, permanecerán en la correspondiente entidad pagadora y se destinarán específicamente al pago de asignaciones de retiro en las Cajas o de pensiones en el Ministerio de Defensa Nacional o en la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso.”

Así las cosas, atendiendo a que el demandante presentó ante la entidad reclamación de reconocimiento y pago del 20% que se adeuda al salario base, la reliquidación de la prima de antigüedad y el reconocimiento de la partida de subsidio familiar el día **30 de septiembre de 2.020** es lógico afirmar que el fenómeno jurídico en comento ha operado en el presente caso, por lo menos en lo que tiene que ver con los reajustes que fueron causados pero no reclamados anteriores al **30 de septiembre de 2.017**,

²⁵ Por el cual se reforma el Estatuto de personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de Unificación CE-SUJ2 Nro. 003/16 del 25 de agosto de 2016, Radicado: CE-SUJ2 85001333300220130006001, número interno 3420-2015, Demandante: Benicio Antonio Cruz, Demandado: Ministerio de Defensa - Fuerzas Militares de Colombia - Ejército Nacional, C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. sentencias del 10 de octubre de 2019. Radicados: 11001-03-25-000-2012-00582 00 (2171-2012) Acumulado 11001-03-25-000-2015-00544 00 (1501-2015) y aclaración en el radicado 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016). C.P WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

Sentencia de 1ª Instancia
Radicado: 73001-33-33-005-2021-00082-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Jairo Guzmán Gallego
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

razón por la cual habrá de declararse parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta en el presente asunto.

Interés Moratorio.

Se reconocerá y pagará, siempre que concurren los supuestos de hecho del artículo 192 del C. de P.A. y de lo C.A.

Cumplimiento de la sentencia.

Se atenderá conforme a las previsiones del artículo 192 *ibídem*, debiendo la parte demandante presentar la solicitud de pago correspondiente ante la entidad demandada.

Condena en costas.

De conformidad con lo establecido en el artículo 188 del C. de P.A. y de lo C.A., en consonancia con lo indicado en el artículo 365, numeral 1 del C.G. del P., habrá lugar a condenar en costas a la parte vencida en el proceso, esto es, a la parte demandante.

Ahora bien, el C.G. del P. sobre costas, tiene dicho que están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho (**artículo 361**), por lo que en la decisión que resuelva una controversia total o parcial, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación o queja o súplica, etc., que haya propuesto (**artículo 365, numerales 1 y 2**); de tal manera que se explicita en la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia, condenando al recurrente en las costas de la segunda (numeral 3), o cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias (numeral 4).

Por lo demás, de acuerdo con el **artículo 366 del C. G. del P.**, “... 3. *La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado*”.

Por su parte, el Acuerdo Nro. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, señala lo siguiente:

“1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

En única instancia.

- a. *Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, entre el 5% y el 15% de lo pedido.*
- b. *En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 8 S.M.M.L.V*

En primera instancia.

- a. *Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:*
 - (i) *De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.*
 - (ii) *De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.*
- c. *Por la naturaleza del asunto. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 10 S.M.M.L.V.*

En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L. V.”

Sentencia de 1ª Instancia
Radicado: 73001-33-33-005-2021-00082-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Jairo Guzmán Gallego
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional

Se fijarán como agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la parte demandada la suma de \$200.000, suma que deberá ser incluida en las costas del proceso.

Decisión:

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, Distrito Judicial del Tolima, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Resuelve:

PRIMERO: Declarar probada parcialmente la excepción propuesta por la parte demandada y que denominó *legalidad del acto administrativo demandado*, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Declarar la nulidad parcial del oficio Nro. 2020317002015481 del 10 de noviembre de 2.020, mediante el cual la Sección Nómina del Ejército Nacional negó el reajuste de la pensión de invalidez percibida por el demandante; destacándose que esta declaratoria recae únicamente sobre la negativa en la inclusión de la partida de "*salario mensual*" incrementada en un 60%, y el consecuente reajuste de la pensión de invalidez por la incidencia de tal incremento en la prima de antigüedad reconocida al demandante, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta decisión.

TERCERO: Condenar a título de restablecimiento del derecho, a la **Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional** a reliquidar la pensión de invalidez devengada por el señor Jhon Jairo Guzmán Gallego en lo correspondiente a que la partida de "*salario mensual*" desde el mes de noviembre de 2003 en adelante, teniendo como tal lo correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, y reconocer y pagar los valores retroactivos generados con ocasión de la diferencia que surja con lo percibido por el demandante.

CUARTO: Ordenar a la entidad demandada **Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional** a reliquidar conforme al porcentaje mencionado en el numeral anterior, **la prima de antigüedad en el porcentaje que le fue reconocido mediante Resolución Nro. 2241 del 24 de mayo de 2.018-**, que correspondan hasta la fecha de su retiro del servicio y en consecuencia reconocer y pagar al demandante los valores retroactivos generados por dichos conceptos, con ocasión de la diferencia que surja del reajuste de la asignación básica mensual aquí reconocida, esto es, la correspondiente al salario mínimo legal mensual incrementado en un 60% causados desde el mes de noviembre de 2003.

Las sumas aquí ordenadas deben ajustarse e incrementarse anualmente, conforme lo dispone por el Gobierno Nacional en los Decretos de aumento, además de las partidas que eventualmente hubieren sido actualizadas y ajustadas por la entidad demandada.

Las sumas reconocidas deberán ajustarse e incrementarse, tal como se dejó precisado en las consideraciones de esta sentencia.

Sentencia de 1ª Instancia
Radicado: 73001-33-33-005-2021-00082-00
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jhon Jairo Guzmán Gallego
Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional

De igual manera, la entidad demandada deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente por concepto de aportes a la seguridad social integral y los demás a los que haya lugar.

QUINTO: Declarar probada parcialmente la excepción de Prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 30 de septiembre de 2.017, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: Denegar las demás pretensiones de la demanda relativas al reconocimiento de la partida de subsidio familiar y al reajuste de la prima de antigüedad al tenor de lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2.004, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

SÉPTIMO: Condenar en costas en esta instancia a la parte demandada **Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional**. Se fijarán como agencias en derecho a favor de la parte demandante y a cargo de la parte demandada, la suma de \$200.000 suma que deberá ser incluida en las costas del proceso.

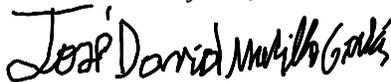
OCTAVO: Las sumas causadas deberán actualizarse de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C. de P.A. y de lo C.A.; igualmente los intereses serán reconocidos en la forma prevista en el artículo 192 del mismo estatuto.

NOVENO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del C.G. del P.

DÉCIMO: En firme la presente providencia, archívese el expediente.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase²⁸

El Juez,



José David Murillo Garcés

Firmado Por:

Jose David Murillo Garcés

Juez

Juzgado Administrativo

Oral 005

Ibague - Tolima

²⁸ **NOTA ACLARATORIA:** La providencia se tramitó por los canales electrónicos oficiales del Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué y de la misma manera fue firmada.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ef214c6618a229f3957519fac8f48fd16dd9a4026b8aa13a26aa99df99923398**

Documento generado en 31/03/2022 04:15:36 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>