



## JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO DE FLORENCIA, CAQUETÁ

Florencia, 18 de diciembre de 2020.

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO:	18001-33-33-004-2019-00660-00
DEMANDANTE:	JOSE ARMEL MENDEZ BARRAGAN <a href="mailto:Luissaya16@hotmail.com">Luissaya16@hotmail.com</a> <a href="mailto:notificacionescoopsolidar@hotmail.com">notificacionescoopsolidar@hotmail.com</a>
DEMANDADO:	CAJA DE RETIROS DE LAS FUERZAS MILITARES <a href="mailto:notificacionesjudiciales@cremil.gov.co">notificacionesjudiciales@cremil.gov.co</a>
SENTENCIA ANTICIPADA	46-12-492-2020

### 1. OBJETO DE DECISIÓN.

Agotadas las etapas procesales correspondientes a la instancia, y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, decide el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia, Caquetá sobre el fondo del asunto, en aplicación a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 13 del Decreto 806 de 2020.

### 2. LA DEMANDA. (Fol. 1-9 C. PPAL.)

JOSE ARMEL MENDEZ BARRAGAN, obrando en nombre propio; por intermedio de abogado, presentó medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, contra la CAJA DE RETIROS DE LAS FUERZAS MILITARES, con el objeto de que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 2018-118179 del 17 diciembre de 2018, suscito por la Coordinadora Grupo Centro Integral de Servicio al Usuario (E), en virtud del cual se negaron las pretensiones del accionante.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se ordene a la CAJA DE RETIROS DE LAS FUERZAS MILITARES, a:

-Reajustar por falta de inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro en un 62.5%, desde el reconocimiento de la asignación de retiro, hasta que se efectuó el pago, realizando el reajuste retroactivo pensional, la indexación sobre los valores causados y los respectivos intereses de mora sobre los valores adeudados.

-Que se incluya la duodécima parte de la prima de navidad, la cual le corresponde conforme el derecho a la igualdad frente a oficiales y suboficiales de las fuerzas militares de conformidad con el artículo 13.1.8 del Decreto 4433/2004, condenando a la entidad de mandada al pago de costas y agencias en derecho.



## 2.1. HECHOS.

Manifiesta que el actor ingresó al EJÉRCITO NACIONAL el 17 de julio de 1995, como soldado voluntario, cambiando su denominación a Soldado Profesional por disposición de la fuerza, a partir del 01/11/2003.

Que mediante Resolución No. 1012 del 16/02/2016 se le reconoció la asignación de retiro, y posteriormente mediante Resolución No. 422 del 18/01/2018, se le reconoció y viene pagando su asignación de retiro tomando como base de liquidación el salario mínimo más el 60% del mismo.

Que la entidad al momento de liquidar la asignación de retiro, la partida de subsidio familiar para liquidar su sueldo de retiro, no fue debidamente calculada ni incluida, vulnerándose con ello su derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, ya que todos los demás miembros del Ministerio de Defensa Nacional, así como de las Fuerzas Militares, tanto civiles, como militares y policías, se les tiene en cuenta como factor en la liquidación de la asignación de retiro, escudándose la entidad en la aplicación del Decreto 1162 de 2014, por el cual liquidación el subsidio por un porcentaje del 30% del salario básico.

Que el día 27 de noviembre de 2018, radicó derecho de petición solicitando el Reconocimiento y pago de la prima de navidad y el Reajuste del Subsidio Familiar desde la fecha en que le fue reconocido, la entidad demandada dio respuesta negativa frente al Subsidio Familiar y la Prima de navidad.

## 2.2. NORMA Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

- Constitución Política: Artículos 13, 25, 29, 53 y 58.
- Código Contencioso Administrativo: Artículos 138 y 162.
- Ley 4ª de 1992: Artículo 10.
- Decreto 1793 de 2000.
- Decreto 1794 de 2000.
- Decreto 4433 de 2004.

Como causales de nulidad del acto administrativo demandado, plantea *la vulneración de las normas constitucionales y legales*, basándolo en un trato desigual frente a lo demás miembros de las fuerzas castrenses del Estado.

Frente a la prima de navidad después de exponer la normatividad aplicable al caso en particular, señala que es ostensible la discriminación de que son objeto los soldados profesionales a quienes se les deja en desigualdad de condiciones frente a los demás miembros al servicio del Ministerio de Defensa Nacional a quienes se les reconoce la prima de navidad, a pesar de que las funciones que ejercen son menos agrestes que las que deben realizar los soldados profesionales, dejándolos en condiciones de inferioridad e indefensión; y es por ello que de conformidad con lo establecido en el artículo 4º de la Constitución Política y de acuerdo con parámetros jurisprudenciales, se debe disponer la inclusión de la prima de navidad en la asignación salarial mensual que actualmente devenga el Demandante.

En lo que respecta a la inclusión del subsidio familiar, indica que son múltiples decisiones judiciales que vienen ordenando la protección al derecho a la igualdad a favor los soldados



profesionales y en este sentido ordena la inaplicación por inconstitucional de lo establecido en el Artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y como consecuencia de ello se ordena la inclusión del subsidio familiar como partida computable; decisiones estas que resultan favorables a los soldados profesionales ya que el subsidio familiar se toma como partida computable y por tanto en un porcentaje del 70% del valor reconocido y devengado en actividad, hecho que les beneficia y mejora su condición y la de sus familias y que claramente es muy superior al ordenado en el Decreto 1162 de 2014.

Es con fundamento en ello y otros argumentos que solicita que el Demandante al igual que todos los soldados profesionales tiene derecho al REAJUSTE del subsidio familiar en el porcentaje establecido en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

### 3. CONTESTACIÓN.

La entidad demandada, guardó silencio en esta etapa procesal, conforme la constancia secretarial visible en el archivo 2 del expediente judicial electrónico.

### 4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

#### 4.1. Parte Actoral.

Señala que de conformidad con los hechos relatados en la demanda, y con el acervo probatorio que obra dentro del expediente, se encuentra plenamente probado que con el actuar de la administración se profirió una clara violación a las normas Constitucionales, legales y jurisprudencia, pues en la decisión de la entidad demandada, se advierte que aplicó un doble porcentaje sobre la prima de antigüedad al momento de efectuar la liquidación de la asignación de retiro, lo cual va en detrimento de los derechos del demandante, toda vez que al liquidar la prestación de su representado debió tomar el 70% del salario básico y adicionarle el 38.5% de la prima de antigüedad y no aplicar un doble porcentaje respecto a esta última al tomar el 100% del salario básico, adicionarle el 38.5% de la prima de antigüedad y posteriormente aplicarle el 70% indicado en el artículo 16 de Decreto 4433 de 2004.

Que, en relación con el reajuste solicitado, el actor al haberse vinculado como soldado voluntario antes del 31 de diciembre de 2000, tenía derecho a que como salario básico para efectos de liquidar la asignación de retiro se tomara un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60%. Por lo que al no hacer el respectivo reconocimiento y pago del 20% al que tiene derecho, en razón a que el régimen de soldado voluntario se encontraba reglamentado por la Ley 131 de 1985, la cual se encargaba de regular no solo la manera como se produce esa vinculación, sino el tiempo mínimo de permanencia, y la asignación a que tenía derecho; dicha ley fue reglamentada por el Decreto 370 de 1991. La Ley 131 de 1985 en su artículo 4º establece que el soldado voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un 60% del mismo salario.

Aduce que si bien en la Ley 131 de 1985, en virtud de la cual, como atrás se acreditó, fue incorporado como soldado, establecía que éste recibiría una bonificación mensual, y en virtud del Decreto 1794 de 2000, se dispuso que la remuneración consistía en un salario mensual, lo cierto es que, en el segundo inciso del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, se dejó reglado expresamente que quienes venían vinculados antes del año 2000 de acuerdo con la



Ley 131 de 1985, como del actor, quien se vinculó como soldado voluntario, su asignación salarial mensual sería un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, lo cual demuestra a todas luces que el accionado mediante el Oficio No.2018-118179 de diciembre del 2018, desconoció el ordenamiento jurídico vigente y las preceptivas legales que rigen el régimen salarial y prestacional de los miembros de las Fuerzas Militares, por lo que claramente se ve que dichos actos administrativos son contrarios a derecho, y deben ser declarados nulos y ordenarse el efectivo y pronto restablecimiento de los derechos de mi prohijado en tanto y en cuanto fueron ordenados mediante la Ley 131 de 1985 y confirmados por el Decreto Ley 1794 de 2000, además del reconocimiento y protección que le ha dado el H. Consejo de Estado como los altos tribunales administrativos al respecto.

Finalmente indica que respecto del tercer reajuste peticionado se vulnero los derechos adquiridos, puesto que en su asignación de retiro se liquidó el subsidio familiar en un porcentaje del 30 % y no en el 62.5%, que corresponde al porcentaje devengado por mi prohijado en actividad, además presentándose así una clara vulneración al derecho a la igualdad frente a sus compañeros, esto es los miembros de las Fuerzas Militares, de Policía y personal civil del Ministerio de Defensa, a quienes sí se les incluye dicho emolumento en el porcentaje devengado en actividad para liquidar la asignación de retiro.

Finalmente solicita que se debe dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad teniendo en cuenta que el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 resulta contrario a lo establecido en el artículo 13 de la Constitución Política, al vulnerar el derecho a la igualdad de JOSE ARMEL MENDEZ BARRAGAN frente a los demás miembros activos y retirados del Ministerio de Defensa Nacional, al no permitir incluir como partida computable para efectos del cálculo del monto de la asignación de retiro el subsidio familiar devengado por los soldados voluntarios, por tanto aduce que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, al aplicar la fórmula del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, se apartó de lo dispuesto en el mismo, habida cuenta de que afectó doblemente el porcentaje de la prima de antigüedad. Ello, por cuanto, mientras la norma establece que la liquidación de la citada prestación incluye: el 70% del salario mensual, adicionado con 38.5% de la prima de antigüedad, la mencionada entidad liquidó de manera diferente, pues sumó el sueldo con el 38.5% de la prima de antigüedad y del total sacó el 70%, lo cual no se ajusta al mandato legal e implica una reducción en la asignación de retiro, por lo que solicita se accedan a las pretensiones de la demanda.

**4.2. Parte Demandada,** guardó silencio conforme se evidencia en la constancia secretarial visible en el archivo 6 del expediente judicial electrónico.

## 5. CONSIDERACIONES.

### 5.1. Competencia.

Este Despacho es competente para dirimir en derecho el presente litigio, en razón a la naturaleza de los hechos, el último lugar de la prestación del servicio, y la cuantía del asunto, de conformidad con los artículos 155, 156 y 157 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA- (Ley 1437 de 2011).

### 5.2. Problema jurídico.

¿Les asiste derecho al accionante JOSE ARMEN MÉNDEZ BARRAGAN, a la reliquidación y reajuste salarial, con el reconocimiento del subsidio familiar conforme el



artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 en un 62,5% y de la prima de navidad por vulneración del derecho a la igualdad?

### 5.3. Liquidación de subsidio Familiar de los Soldados Profesionales. Porcentajes de Liquidación.

- Subsidio familiar

El actor apelando al principio de igualdad solicita reliquidación del subsidio familiar en las partidas computables para su asignación de retiro. Según el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000:

*“Subsidio familiar. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.*

*Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente.”*

El artículo 11 del decreto antes mencionado, produjo efectos jurídicos entre el 1 de enero 2001 y el 30 de septiembre de 2009, esto es hasta la expedición del decreto 3770 de 2009, en donde se señaló:

*ARTÍCULO 1°. Derógase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000,*

*PARÁGRAFO PRIMERO. Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio,*

*PARÁGRAFO SEGUNDO. Aclárase que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual,*

El Consejo de Estado Mediante sentencia del 8 de junio de 2017, C.P. CESAR PALOMINNO CORTES, declara con efecto ex tunc la nulidad del decreto 3770 de 2009, “por el cual se deroga el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones” por considerar que dicho mandato es regresivo y vulnera los derechos a la protección, a la seguridad social, al trabajo y a la seguridad jurídica.

A su turno, el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004, que contempla los aportes que deben realizar los soldados profesionales a CREMIL, solo prevé cotizaciones sobre el salario mensual y sobre la prima de antigüedad.

El Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, dentro del proceso Radicado No. 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016), siendo CP el Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, en la cual se determinó:



“(…) De la inclusión del subsidio familiar para la liquidación de la asignación de soldados profesionales antes de la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 En capítulos precedentes se señaló que en sentencia del 17 de octubre de 2013<sup>2</sup> la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se consideró que la exclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales atenta contra el derecho a la igualdad, concluyó que existía un trato diferenciado sin una justificación razonable, al excluir un emolumento cuya finalidad es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de quienes están a su cargo, con base en el siguiente razonamiento<sup>3</sup>:

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

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

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

Acorde con lo anterior, la vulneración al derecho a la igualdad y la finalidad del subsidio familiar han sido el punto de partida para distintos pronunciamientos dentro de acciones de tutela instauradas contra las sentencias proferidas por los tribunales administrativos del país, y se ha asumido como el argumento central para restarle validez al criterio de la taxatividad en relación con los factores que se deben incluir en la liquidación de la prestación objeto de estudio<sup>4</sup>, el cual, a su

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 17 de octubre de 2013, radicación: 110010315000201301821 01 (AC), actor: José Narcés López Bermúdez.

<sup>3</sup> Dentro de las sentencias en las que se reitera la posición expuesta se pueden ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Cuarta, sentencia del 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500380 00 (AC), actor: Jairo Jaraba Morales; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500801 00(AC), actor: José Edgar Moncada Rangel; Sección Primera, sentencia del 28 de mayo de 2015, radicación: 110010315000201500001 01(AC), actor: Eduar Chica Zea; Sección Primera, sentencia del 12 de noviembre de 2015, radicación: 11010315000201500009 00(AC), actor: José Ober Dávila Bueno; Sección Primera, sentencia del 23 de junio de 2017, radicación: 110010315000201701058 00 (AC), actor: Aedwing Guerrero Galvis; Sección Segunda, sentencia del 4 de septiembre de 2017, radicación: 110010315000201701922 00(AC), actor: Oscar Daniel Lenis Morales; Sección Primera, sentencia del 8 de noviembre de 2017, radicación: 110010315000201701527 00 (AC), actor: José Alirio Camargo Pérez, y en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho resuelto mediante providencia de la Subsección A, sentencia del 27 de octubre de 2016, radicación: 250002342000201300143 01 (3663-2014), actor: Armando Guarín Cujaban.

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



vez, se vio reflejado en el pronunciamiento emitido dentro de un proceso de restablecimiento del derecho del 27 de octubre de 2016<sup>5</sup>, empero, no se ha proferido una sentencia de unificación en la materia.

No obstante, es necesario verificar dicha hipótesis, para lo cual se acude al test de igualdad, que precisa que se siga el siguiente orden descrito en la sentencia C-015 de 2014<sup>6</sup>, mencionado previamente. Para lo cual, la Sala determinará si los soldados profesionales se encuentran en un plano de igualdad fáctica frente a los oficiales y suboficiales, dado que la providencia del 17 de octubre 2003, consideró suficiente el hecho de que tanto soldados profesionales como oficiales y suboficiales fueran miembros de las fuerzas militares para ubicarlos en un plano de igualdad fáctica. Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime<sup>7</sup> que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales.

En ese sentido, la Corte ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse «como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática»<sup>8</sup>, por lo que ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que aunque otorgan un trato desigual, se basan en circunstancias objetivas y razonables por lo cual se ajustan a la Constitución, resaltando que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes presupuestos: «(i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad»<sup>9</sup>, por lo cual ha concluido que «la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad».

En relación con este punto, se reiteran las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia C-057 de 2010, al analizar la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994<sup>10</sup> y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005<sup>11</sup>, y a las que se hizo referencia

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 27 de octubre de 2016, radicación: 250002342000201300143 01 (3663-2014), actor: Armando Guarín Cujaban.

<sup>6</sup> El test se aplica en nivel de intensidad leve, conforme lo sostenido por la misma Corte Constitucional en la sentencia C- 015 de 2014, al señalar: «[...]La regla es la de que al ejercer el control de constitucionalidad se debe aplicar un test leve, que es el ordinario. Este test se limita a establecer la legitimidad del fin y del medio, debiendo ser este último adecuado para lograr el primero, valga decir, a verificar si dichos fin y medio no están constitucionalmente prohibidos y si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero. Esta regla se formula a partir de dos importantes consideraciones: el principio democrático, en el que se funda el ejercicio de las competencias del legislador, y la “presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas”. El test leve busca evitar decisiones arbitrarias y caprichosas del legislador, es decir, decisiones que no tengan un mínimo de racionalidad.

El test leve ha sido aplicado por este tribunal en casos en que se estudian materias económicas, tributarias o de política internacional, o en aquellos en que está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, o en los cuales se trata de analizar una normatividad anterior a la vigencia de la Carta de 1991 derogada pero que surte efectos en el presente, o cuando, a partir del contexto normativo del precepto demandado, no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión.[...]

<sup>7</sup> T-530 de 2002, T-119 de 2001, T-540 de 2000, T-117 de 2003, C-1110 de 2001.

<sup>8</sup> T-587 de 2006.

<sup>9</sup> Ibidem.

<sup>10</sup> Por el cual se modifica la caja de vivienda militar y se dictan otras disposiciones.

<sup>11</sup> Por la cual se modifica el Decreto-ley [353](#) del 11 de febrero de 1994 y se dictan otras disposiciones.



in extenso en acápite anteriores, en la que concluyó que la diferencia entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados se encontraba justificada.

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

De acuerdo con lo expuesto en precedencia, el hecho de consagrar una asignación de retiro para un sector de las fuerzas militares que antes no lo tenía, es una expresión del principio de progresividad, lo cual, admite que se implemente con cierta gradualidad, hacia la plena realización de los derechos en el diseño y ejecución de políticas públicas en materia del derecho a la seguridad social. Visto así, se trata de una medida positiva encaminada a lograr la igualdad en la protección de todos los miembros de las fuerzas militares durante el retiro, aspecto para el cual se deben tener en cuenta factores tales como los recursos de los que se disponga<sup>12</sup>, de manera que se asegure la viabilidad de las decisiones que se adopten en tal sentido, ello permite entender que más adelante, se amplió el radio de esta garantía con los Decretos 1161 y 1162 de 2014, que incluyeron expresamente este emolumento, como partida computable en la liquidación de la prestación bajo estudio.

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

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

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

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

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

<sup>12</sup> Art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales.



*manera escalonada, lo que de suyo implica que los sujetos que logren consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones.*

De esta manera, se observa que existe una razón suficiente para un trato jurídico desigual dada por el principio de la progresividad<sup>13</sup> a lo que se agrega el principio formal de la libertad de configuración del legislador o en este caso el ejecutivo para regular la materia, tal y como antes se analizó, de manera que el trato en el plano jurídico de la asignación de retiro que se otorga a los soldados profesionales antes de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 no resulta arbitrario ni injustificado.

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

*En conclusión:* 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. (...)"

De conformidad con lo anterior, se determinó que la inclusión del subsidio familiar como partida computable en un 25% o 30% para efectos de la liquidación de la asignación de retiro, no vulnera el derecho fundamental a la igualdad de los soldados profesionales en relación con los oficiales y sub oficiales del Ejército Nacional, pues éstos se diferencian en las obligaciones, en la línea jerárquica y demando dentro de la Institución Castrense, de las cuales no se pueden equiparar en sus funciones y por ello, es factible la diferenciación establecida en la norma, que solicita se inaplique.

- **Prima de Navidad**

El actor apelando al principio de igualdad solicita la inclusión de la prima de navidad en las partidas computables para su asignación de retiro, en una duodécima 1/12 parte. Según el artículo 5 del Decreto 1794 de 2000:

“ARTICULO 5. PRIMA DE NAVIDAD. El soldado profesional de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrá derecho a percibir anualmente una prima de navidad equivalente al cincuenta por ciento (50%) del salario básico devengado en el mes de noviembre del respectivo año más la prima de antigüedad, la cual será cancelada pagará en el mes de diciembre de cada año.

PARAGRAFO. Cuando el soldado profesional no hubiere servido el año completo, tendrá derecho al pago de la prima de navidad de manera proporcional a razón de una doceava (1/12) parte por cada mes completo de servicio, liquidada con base en el último salario básico devengado más la prima de antigüedad.”

En lo que respecta a la **duodécima parte de la prima de navidad**, es importante anotar que, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esta integra las partidas que se deben tener en cuenta para liquidar la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales, pero no para los soldados profesionales.

---

<sup>13</sup> R. Alexy destaca «El principio de igualdad de hecho es, por lo tanto, una razón suficiente para un derecho subjetivo definitivo a un trato jurídico desigual que sirve para la creación de la igualdad de hecho, sólo si desplaza a todos los otros principios contrapuestos que estén en juego.». Teoría de los Derechos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da edición, Madrid 2017, p. 373.



A su turno, el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004, que contempla los aportes que deben realizar los soldados profesionales a CREMIL, solo prevé cotizaciones sobre el salario mensual y sobre la prima de antigüedad.

El Consejo de Estado en Sentencia de Unificación de Jurisprudencia - Sección Segunda - Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - 25 de abril de 2019 Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16)CE-SUJ2-015-19 estableció:

*“La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado informó que «actualmente se presentan demandas por parte de soldados profesionales en las que solicitan, que se reajuste su asignación de retiro teniendo en cuenta como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad», por lo que la aludida Agencia solicitó a esta corporación que se defina si tal partida debe ser incluida en la liquidación de dicha prestación.*

*Con base en lo anterior, esta sección considera que es indispensable definir cuáles son las partidas computables que deben considerarse para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.”*

***“Las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados.***

*Se observa que tanto en el caso de los soldados profesionales como en el de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares las partidas que se computan para tener derecho a la asignación de retiro son aquellas respecto de las cuales se hicieron las cotizaciones, por lo cual tampoco se evidencia que haya un trato discriminatorio o diferenciado que se aparte de los postulados constitucionales o de los elementos básicos del régimen consagrado en la Ley 923 de 2004. De manera que no hay razón para sostener que se vulnera su derecho a la igualdad, por el hecho de que estas partidas son diferentes a las que se tienen en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.*

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

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

- i) *Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.*
- ii) *Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes”*

Visto lo anterior, se procederá a analizar el caso en concreto del accionante, para determinar si su asignación de retiro se encuentra debidamente efectuada, en cuanto al porcentaje de la liquidación de la prima de antigüedad y el de su prima de Navidad.



### a) Caso concreto

Analizado en su conjunto el acervo probatorio, se tiene que el actor, el JOSE ARMEL MÉNDEZ BARRAGAN, ingresó a prestar servicio militar el 14/01/1994 hasta el 30/06/1995, posteriormente ingresó como soldado voluntario, el 17/07/1995 al 31/10/2003. Para el 01 de noviembre de 2003 cambio su denominación a soldado profesional conforme OAP N° 1175 vinculado hasta el 30/12/2015 cuando adquirió el derecho a la asignación de retiro, según la hoja de servicios No. 3-5993221 del 06/01/2016. (Folio 13 del expediente).

Así mismo, que en Resolución N°. 1012 del 16/02/2016 se ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al accionante, en cuantía del 70% del salario mensual y 38.5% de la prima de antigüedad, más el 30% del subsidio familiar (Folio 21-22 del expediente).

Que a través de memorial de fecha 27/11/2018, solicitó a la entidad el reajuste de la asignación de retiro, liquidando el subsidio familiar por el porcentaje del 62.5% e incluyendo la duodécima parte de la prima de navidad. (Folio 16-19 del expediente).

Que mediante Oficio No. 0118179 consecutivo 2018-118179 del 17/12/2018, la entidad niega la reliquidación de la asignación de retiro, indicando que la fórmula aplicada es la correcta. (Folio 20 del expediente)

Respecto a la solicitud de inclusión del subsidio familiar como partida computable para su asignación de retiro, observa el Despacho que de las pruebas allegadas al proceso, al actor le fue reconocida su Asignación de retiro el 16/02/2016 y atendiendo las reglas jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación del 25/04/2019, del Consejo de Estado, a éste le fue reconocida su asignación después de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 del 2014, por lo que, el presente caso se enmarca en la regla 2 fijada en dicha sentencia, según la cual, para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro o pensión de invalidez con posterioridad al mes de julio del 2014, el subsidio familiar deberá ser tenido en cuenta como partida computable para la asignación de retiro o pensión de invalidez de los soldados profesionales, situación que se materializa en el caso bajo estudio.

El artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 en su numeral 2, establece: “*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%<sup>14</sup> para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000<sup>15</sup> y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida. En revisión del expediente prestacional se verifica que al demandante se le fue reconocido su derecho a la asignación de retiro en el mes de febrero de 2016 y se le reconoció su subsidio familiar el 30 de abril de 2005 con novedad fiscal a partir del 29/01/2005, es decir, devengó ese emolumento salarial a partir de dicha fecha, en consecuencia el porcentaje que le corresponde es el del 30%, pues al momento lo cobija, la regla jurídica establecida en el Decreto 1162 de 2014, tal como se advirtió en párrafos anteriores.*”

---

<sup>14</sup> Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

<sup>15</sup> El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.



En consecuencia, en razón a lo antes expuesto y con lo acreditado en el proceso, se logró demostrar que se liquidó de manera adecuada dicha causación y con ello no se vulnera ningún derecho al actor.

Respecto al reconocimiento de la duodécima parte de la prima de navidad, tenemos que ésta no se reconoció en su asignación de retiro, por cuanto al tenor literal de la normatividad aplicable no contempla dicho factor, por lo que el actor pretende que su asignación básica sea reajustada, reconociéndole la mentada prestación, esto en aplicación al principio de la igualdad y a la no discriminación entre los militares pensionados, dado que ésta tampoco le fue tomada en cuenta en su pago sucesivo, tal como se evidencia en la hoja de servicios allegada.

Pues bien, como quedo sentado en acápites anteriores, el derecho a la prima de navidad, solo debe verse reflejado en la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las fuerzas militares, dejando por fuera de ello a los soldados profesionales, en razón a que a los primeros se les practica una deducción mensual para dicho factor, adicional a eso, existe una diferenciación sustancial entre las dos categorías, situación permitida legalmente y que por ende no genera vulneración alguna al derecho de igualdad de los soldados profesionales, en aplicación a los precedentes del honorable Consejo de Estado<sup>16</sup>:

*“Las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:*

- i) Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.*
- ii) Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes”*

Razón por la que, no existe motivo por el que deba ser tomada como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales, como del caso.

De conformidad con lo antes expuesto y con lo acreditado en el proceso, no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo demandado, máxime cuando se estableció que la liquidación efectuada al actor en su asignación de retiro, respecto a la partida computable del subsidio familiar se encuentra ajustada a derecho, conforme lo establece el Decreto 1142 de 2014.

En consecuencia, hay lugar a denegar las pretensiones de la demanda.

## VII. CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, que remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el presente asunto no habrá condena en costas, dado que

---

<sup>16</sup> Consejo de Estado en Sentencia de Unificación de Jurisprudencia - Sección Segunda - Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ - 25 de abril de 2019 Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16)CE-SUJ2-015-19



como lo afirma la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>17</sup> no puede aplicarse dicha normatividad de forma objetiva y automática, sino que debe hacerse un juicio mínimo por parte del juzgador por lo que atendiendo que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda no será condenada la parte vencida en el presente asunto.

## VII. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo de Florencia - Caquetá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### FALLA:

**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas en esta instancia a la parte demandante y fijar como agencias en derecho el porcentaje del 4% de lo pedido en el líbello de la demanda de la demanda a la parte vencida en esta sentencia, de conformidad a lo señalado en el N° 1 del artículo 5 del Acuerdo N° PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016 del C.S de la Judicatura.

**TERCERO:** Una vez en firme la presente decisión y previa liquidación, **ARCHIVAR** el expediente, previas las anotaciones secretariales de rigor y **DEVOLVER** a la parte actora el valor consignado como gastos ordinarios del proceso o su remanente, si los hubiere.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GINA PAMELA BERMEO SIERRA  
Juez

---

<sup>17</sup> C. E. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCION "B". CONSEJERO PONENTE: ALFONSO VARGAS RINCÓN (E). Bogotá, D.C., quince (15) de abril de dos mil quince (2015). Radicación No. 73001-23-33-000-2012-00206-01. Expediente No. 1343-2014. Actor: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP. Ver también CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCION "A". CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ (E). Bogotá D.C., tres (03) de agosto de dos mil quince (2015). Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00439-01(0240-14) Actor: UGPP. Demandado: JOSE JESUS VALENCIA DUQUE.