Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, nueve (9) de diciembre del dos mil diecinueve (2019)

Radicado	**73001-33-33-010-2019-00041-00**
Medio de control:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante:	**LUIS HERNANDO RAMÍREZ BARRETO**
Demandado:	**NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA**
Tema:	**Reajuste asignación de retiro subsidio familiar**
Sentencia:	**00135**

I. ANTECEDENTES

En atención a la decisión proferida en la audiencia adelantada el pasado **7 de noviembre del 2019,** donde se manifestó **que se negarían las pretensiones** de la demanda, el Despacho procede a emitir los argumentos que soportan dicha decisión conforme a lo señalado en el numeral 2º del artículo 182 de la Ley 1437 de 2011.

1. PRETENSIONES

1.1 Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No **OFI18-88919** MDNSGDAGPSAP del **14 de septiembre de 2018** expedido por la Coordinadora grupo prestaciones sociales del Ministerio de Defensa mediante el cual se negó la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la liquidación de la pensión de invalidez del accionante.

1.2 Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No **2018 3111775771** MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del **18 de septiembre de 2018** expedido por el Oficial sección ejecución presupuestal DIPER del Ministerio de Defensa mediante el cual se negó la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la liquidación de la pensión de invalidez del accionante.

1.3 Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la demandada el reconocimiento y pago de las diferencias salariales entre lo pagado y lo que se debió pagar por inclusión del subsidio familiar a partir del 1 de enero del 2001 hasta el 30 de septiembre del 2005.

1.4 Ordenar al Ejército nacional adicionar la hoja de servicios para que el Ministerio de Defensa proceda a reliquidar y pagar la pensión de invalidez incluyendo el subsidio familiar en apego a lo dispuesta en el artículo 13.1.7 decreto 4433 del 2004.

1.5 Condenar a la accionada a reliquidar, reajustar y pagar la pensión de invalidez del accionante desde el 30 de septiembre del 2005 con inclusión del subsidio familiar.

1.6 Ordenar el pago de la diferencia mensual conforme al artículo 13.1.7 decreto 4433 del 2004, desde el 11 de septiembre del 2014 hasta el 4 de enero del 2019 por prescripción cuatrienal.

1.7 Ordenar a la entidad demandada dar cumplimiento a la sentencia en los términos señalados en los artículos 192 y 195 del CPACA.

1.8 Condenar a la parte demandada al pago de las costas procesales.

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los hechos que son susceptibles de sintetizar así:

2.1. Que el señor **Luis Hernando Rodríguez Barreto** prestó servicio militar obligatorio, fue dado de alta como soldado voluntario hasta el 30 de octubre del 2003 acorde con la ley 131 de 1985 y a partir del 1 de noviembre del 2003 se vinculó al Ejercito Nacional en calidad de soldado profesional, siendo beneficiario del subsidio familiar según lo establecido en el artículo 11 decreto 1794 del 2000.

2.2 Que contrajo matrimonio con la señora Elizabeth Madrid Bejarano y procrearon un hijo de nombre Juan David Ramírez Madrid.

2.3 Que en el informe periódico de personal el comandante del Batallón patriotas solicitó al departamento de personal del Ejército el reconocimiento del subsidio familiar a favor del soldado **Rodríguez Barreto** y por razones desconocidas nunca le fue concedido.

2.4 Que mediante acta No 9124 del 15 de julio del 2015 la Junta Médico laboral del Ejército Nacional clasificó al accionante como no apto para la actividad militar en razón a la disminución de la capacidad laboral en el cien por ciento (100%).

2.5 Que mediante Resolución No **490 del 10 de marzo de 2006**, el Ministerio de Defensa reconoció y ordenó el pago de pensión mensual de invalidez al señor **Ramírez Barreto** a partir del 30 de septiembre de 2005, en cuantía equivalente al 95% de las partidas computables: salario mensual y prima de antigüedad

2.6 Que mediante derecho de petición el accionante solicitó al Comandante del Ejército Nacional y a la Coordinación del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la pensión de invalidez

2.7 Que las accionadas mediante oficios OFI18-88919 MDNSGDAGPSAP del 14 de septiembre de 2018 y 20183111775771 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 18 de septiembre de 2018 negaron la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la reliquidación de la pensión de invalidez

2.8 Que el Decreto 1794 del 2000 entró en vigencia el 1 de enero del 2001 y en su artículo 11 reglamento el subsidio familiar para los soldados profesionales

2.9 Que mediante resolución No **1238 del 27 de marzo de 2019**, el Ministerio de Defensa reajustó la pensión de invalidez, ordenando el reajuste salarial del 20% a partir del 24 de agosto de 2015 y declaró prescritas las diferencias causadas con anterioridad a esa fecha.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1 Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Dentro de la oportunidad legal la entidad accionada contestó la demanda (fl. 54 - 70), oponiéndose a las pretensiones por carecer de sustento fáctico y jurídico en tanto que los hechos deben ser probados siempre y cuando concurran debidamente los presupuestos de nulidad pautados en la ley.

Que la liquidación de la pensión de invalidez al accionante se realizó acorde con las disposiciones contenidas en los artículos 13 y 16 del decreto 4433 del 2004, vigente para la fecha, los cuales establecen las partidas computables para la liquidación de las pensiones de invalidez del personal de las fuerzas militares, a saber: salario mensual adicionado con la prima de antigüedad.

Que al accionante se le definió su situación pensional el 10 de marzo del 2006, actuación que se encuentra debidamente ejecutoriada y en firme y acorde con la sentencia de unificación del consejo de Estado del 25 de abril del 2019 que estableció que el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de las pensiones de los soldados profesionales causadas con anterioridad a julio del 2014. En cuyo caso la entidad no estaba en el deber legal de incluir la partida del subsidio familiar en la liquidación de la pensión de vejez, motivo por el cual solicitó ase mantenga incólume el acto acusado.

Propuso las excepciones que denominó "***1.*** *Legalidad de los actos a impugnar.* ***2.*** *Naturaleza especial de las normas que regulan el régimen prestacional de la fuerza pública.*

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN y CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO

4.1 Parte demandante

En desarrollo de la audiencia inicial el apoderado de la parte demandante como alegatos finales se ratificó en los hechos y pretensiones de la demanda, con la salvedad que si la decisión es contraria a las pretensiones se tenga en cuenta la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado, solicitó no ser condenado en costas.

4.2 Parte demandada

A su vez y en desarrollo de la misma diligencia la apoderada de la entidad demandada se ratificó en cada uno de los ítems esbozados dentro de la contestación de la demanda.

4.3 Concepto Ministerio público.

El Agente del ministerio público expresó que teniendo en cuenta la sentencia de unificación del honorable Consejo de Estado del presente año y como ya le fueron reconocidos los haberes, considera que no le asiste razón al accionante para que se le acceda a las pretensiones de la demanda.

5.3. TESIS DE LAS PARTES

5.3.1 Tesis de la parte accionante

Se debe acceder a las pretensiones de la demanda porque la no inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la pensión de invalidez al accionante como si se les efectuar a los demás funcionarios de la fuerza pública, vulnera el derecho constitucional a la igualdad con la manifestación de la entidad que en el decreto 4433 del 2004 no se tiene contemplada como partida computable en subsidio familiar para los soldados profesionales y en conclusión al accionante le asiste el derecho al reconocimiento del subsidio familiar que por indebida interpretación de las normas se viola ademas su mínimo vital y des derechos conexos fundaméntales establecidos en la Constitución política de Colombia

5.3.2 Tesis de la parte accionada

Se debe negar las pretensiones porque la liquidación de la pensión de invalidez al accionante se realizó acorde con las disposiciones contenidas en los artículos 13 y 16 del decreto 4433 del 2004, vigente para la fecha, los cuales establecen las partidas computables para la liquidación de las pensiones de invalidez del personal de las fuerzas militares y al accionante se le definió su situación pensional el 10 de marzo del 2006, actuación que se encuentra debidamente ejecutoriada y en firme y acorde con la sentencia de unificación del consejo de Estado del 25 de abril del 2019 que estableció que el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de las pensiones de los soldados profesionales causadas con anterioridad a julio del 2014.

6. Problema Jurídico planteado

Se trata de determinar si, ¿es procedente ordenar la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la liquidación de la pensión de invalidez del accionante acorde con la normatividad legal vigente, o si por el contrario, los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho?

6.1 Tesis del Despacho.

Se negaran las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que el decreto 4433 del 2004 normatividad vigente al momento que al accionante le fue reconocida la pensión de invalidez y el mencionado decreto no contempla el subsidio familiar como partida computable para la liquidación de asignaciones de retiro o pensiones de invalidez de los soldados profesionales y acorde con la sentencia de unificación del Honorable Consejo de Estado del 25 de julio del 2019.

6.2 Marco legal y jurisprudencial

El subsidio familiar ha sido definido como una especie del género de la seguridad social[1] en donde se tiene en cuenta la carga familiar, la niñez, personas de la tercera edad, beneficiando de esta manera los sectores más vulnerables de la población para atender de manera satisfactoria necesidades indispensables como la alimentación, vestuario, educación y alojamiento.

[1] Sentencia C-149 de 1994

La Corte Constitucional en diferentes oportunidades (C-149 de 1994, C-508 de 1997, C-559 de 2001, C-1173 de 2001, C-655 de 2003, C-041 de 2006, C-393 de 2007, C-1002 de 2007 y C-337 de 2011), ha analizado la naturaleza del subsidio familiar concluyendo:

> *"En líneas generales, del anterior panorama de desarrollo histórico puede concluirse que el subsidio familiar en Colombia ha buscado 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 a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El sistema de subsidio familiar es entonces 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.*
> ***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"* [2]

7.1 Del derecho a la igualdad.

La Corte Constitucional, respecto del derecho de la igualdad ha señalado que la misma cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional por cuanto el mismo es un valor, un principio y un derecho fundamental[3]**.**

Señala dicha Corporación en la misma sentencia que este carácter lo da por ejemplo el preámbulo constitucional, en donde se establece, entre los valores que pretende asegurar la Constitución, el de la igualdad, a su vez, el artículo 13 *ibídem* se ha considerado como la fuente de dicho principio fundamental y finalmente se encuentra como tal el derecho fundamental de igualdad.

Señaló la mencionada Corporación en la sentencia C-818 de 2010, respecto de la igualdad normativa:

> *"En efecto, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional colombiana la igualdad normativa presupone necesariamente una comparación entre dos o más regímenes jurídicos que actúan como términos de comparación; por regla general un régimen jurídico no es discriminatorio considerado de manera aislada, sino en relación con otro régimen jurídico. Adicionalmente la comparación generalmente no tiene lugar respecto de todos los elementos que hacen parte de la regulación jurídica de una determinada situación sino únicamente respecto de aquellos aspectos que son relevantes teniendo en cuenta la finalidad de la diferenciación*[4]***.*** *Ello supone, por lo tanto, que la igualdad también constituye un concepto relativo,*

---

[2] Sentencia C-508 de 1997
[3] Sentencia C-818 de 2010.
[4] Cfr. MARKUS GONZÁLEZ BEILFUSS. Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 21 y s.s.

dos regímenes jurídicos no son iguales o diferentes entre sí en todos sus aspectos, sino respecto del o de los criterios empleados para la equiparación.

Dicho carácter relacional es uno de los factores que explica la omnipresencia del principio de igualdad en la jurisprudencia de esta Corporación, pues hace posible que sea invocado frente a cualquier actuación de los poderes públicos con independencia del ámbito material sobre el cual se proyecte. También influye en la interpretación del principio de igualdad porque, como ha señalado la doctrina, desde el punto de vista estructural éste necesariamente involucra no sólo el examen del precepto jurídico impugnado, sino que además la revisión de aquel respecto del cual se alega el trato diferenciado injustificado amén del propio principio de igualdad. Se trata por lo tanto de un juicio trimembre."

7.2 Del subsidio familiar para los soldados profesionales.

Ahora bien, en relación con los solados profesionales, el Decreto 1794 del 2000, estableció el subsidio familiar en los siguientes términos:

"ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

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

A su turno el decreto 4433 de 2004, consagra en su artículo 13 las partidas que se deben tener en cuenta, a efectos de liquidar la asignación de retiro del personal militar, especificando el de los soldados profesionales como el caso bajo estudio así:

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

13.1 Oficiales y Suboficiales:
13.1.1 Sueldo básico.
13.1.2 Prima de actividad.
13.1.3 Prima de antigüedad.
13.1.4 Prima de estado mayor.
13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente Decreto.
13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.
13.1.7 ***Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.***
13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.
13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

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

De la lectura de la normativa transcrita, resulta claro que el subsidio familiar solo podría reconocerse como partida computable de la asignación de retiro en el caso de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, excluyendo expresamente de dicha prestación a los soldados profesionales.

El subsidio familiar como partida computable en las asignaciones de retiro y pensiones de invalidez de los soldados profesionales se estableció con la expedición del decreto 1162 del 2014 artículo 1:

> *ARTÍCULO 1. A partir de julio del 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para* ***liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho*** *valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.*

Con el objeto de tomar una decisión respecto de las peticiones en el litigio, es necesario traer a colación lo señalado por el Honorable Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 2019[5]

> **"5.4.1. 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**
>
> 188. En capítulos precedentes se señaló que en sentencia del 17 de octubre de 2013[6] 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[7]:
>
>> «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.

---

[5] Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Consejero Ponente: William Hernández Gómez Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019) NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Radicado 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016) Demandante JULIO CÉSAR BENAVIDES BORJA Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES Tema: Sentencia de unificación, asignación de retiro soldados profesionales

[6] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 17 de octubre de 2013, radicación: 110010315000201301821 01 (AC), actor: José Narcés López Bermúdez.

[7] 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: 25000234200020130014301 (3663-2014), actor: Armando Guarín Cujaban.

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.»

189. 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[8], el cual, a su vez, se vio reflejado en el pronunciamiento emitido dentro de un proceso de restablecimiento del derecho del 27 de octubre de 2016[9], empero, no se ha proferido una sentencia de unificación en la materia.

190. 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[10], 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.

191. Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime[11] 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.

---

[8] 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.

[9] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 27 de octubre de 2016, radicación: 25000234200020130014301 (3663-2014), actor: Armando Guarín Cujaban.

[10] 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.[…]»

[11] T-530 de 2002, T-119 de 2001, T-540 de 2000, T-117 de 2003, C-1110 de 2001.

192. 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»[12], 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»[13], por lo cual ha concluido que «la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad».

193. 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[14] y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005[15], y a las que se hizo referencia in extenso en acápites anteriores, en la que concluyó que la diferencia entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados se encontraba justificada.

194. 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.

195. 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[16], de manera que se asegure la viabilidad de las decisiones que se adopten en tal sentido, ello permite entender que más adelante, se amplió el radio de esta garantía con los Decretos 1161 y 1162 de 2014, que incluyeron expresamente este emolumento, como partida computable en la liquidación de la prestación bajo estudio.

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

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

---

[12] T-587 de 2006.
[13] Ibídem.
[14] Por el cual se modifica la caja de vivienda militar y se dictan otras disposiciones.
[15] Por la cual se modifica el Decreto-ley 353 del 11 de febrero de 1994 y se dictan otras disposiciones.
[16] Art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales.

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

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

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

201. De esta manera, se observa que existe una razón suficiente para un trato jurídico desigual dada por el principio de la progresividad[17] a lo que se agrega el principio formal de la libertad de configuración del legislador o en este caso el ejecutivo para regular la materia, tal y como antes se analizó, de manera que el trato en el plano jurídico de la asignación de retiro que se otorga a los soldados profesionales antes de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 no resulta arbitrario ni injustificado.

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

***203. 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."*

8. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta lo anterior, procede el despacho a determinar si en el caso sub-júdice la accionante tiene derecho al reajuste de la asignación de retiro con base en la prima de actividad.

8.1. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. Que el soldado profesional **Luis Hernando Ramírez Barreto** prestó sus servicios al Ejército Nacional en el grado de soldado profesional y con baja efectiva el 30 de septiembre del 2005	**Documental:** Extraído de la resolución No 490 del 10 de marzo del 2006 (fl. 26 - 27).

[17] 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.

Que la Junta médica laboral del Ejercito evaluó la capacidad laboral del accionante declarando no apto para la actividad militar debido a la disminución en el 100%.	**Documental:** Acta No 9124 del 15 de julio del 2005 (fl. 37 - 38)
Que el Ministerio de defensa reconoció la pensiona de invalidez al accionante	**Documental:** Copia Resolución No 490 del 10 de marzo del 2006 (fl. 26 - 27).
Que mediante derechos de petición, el demandante solicitó la reliquidación de la pensión de invalidez con la inclusión del subsidio familiar, como partida computable	**Documental:** Derechos de petición de fecha 11 de agosto del 2018 (fl 28 -33).
5. Que el Ministerio de Defensa, negó las peticiones solicitadas.	**Documental:** Copia oficio No OFI18-88919 del 14 de septiembre de 2018 y 20183111775771 del 18 de septiembre de 2018 (fl 34 – 35)
6. El ejército nacional reconoció y pago subsidio familiar al accionante en la nómina del mes de julio del 2005	**Documental:** Copia desprendible de pago expedido por el jefe de nómina del comando del Ejército (fl 90)

Es pertinente tener en cuenta que el artículo 13 del Decreto 4433 del 2004 vulneraba el principio de igualdad de los soldados profesionales señalando que el:

> *"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 13.2 Soldados Profesionales:*
> *13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.*
> *13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.*

La citada norma que excluía el subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro y/o la pensión de invalidez de los soldados profesionales fue superada con la expedición del Decreto 1162 de 2014[18], en consecuencia el caso en litigio será estudiado a la luz de las mencionadas normas.

De la prueba documental aportada a la presente actuación, se advierte que en efecto el soldado profesional **Luis Hernando Ramírez Barreto** prestó sus servicios al Ejército Nacional y le fue reconocida la pensión de invalidez mediante la Resolución No. **490** de**l 10 de marzo del 2006** expedida por el Ministerio de Defensa nacional y retirado del servicio a partir del **30 de septiembre del 2005** en razón a la disminución del 100% de la capacidad laboral**,** ordenándose el reconocimiento y pago de la prestación económica en cuantía equivalente al 95% de las siguientes partidas computables: salario mensual y prima de antigüedad en cumplimiento con lo dispuesto en el numeral 2 artículo 13 del decreto 4433 del 2004.

El apoderado del accionante en la narrativa de los hechos generadores de la demanda, sostiene que, nunca le fue reconocido al accionante el subsidio familiar, sin embargo obra a folio 90 del cuaderno principal, el desprendible de pago expedido por

[18] DECRETO 1162 DE 2014 (Junio 24) Por el cual se dictan disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares.
ARTÍCULO 1. A partir de julio del 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para **liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho** valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

el jefe de nómina del comando del Ejército Nacional en la que se demuestra el pago del mismo en la nómina del mes de julio del 2005

Es evidente que el Ministerio de Defensa reconoció la pensión de invalidez al accionante aplicando taxativamente los términos que para ello establecía el decreto 4433 del 2004, el cual excluía a los soldados profesionales de la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de las asignaciones de retiro y pensiones de invalidez de los soldados profesionales.

Que el gobierno nacional hizo extensivo el beneficio de la mencionada prestación a partir del 24 de junio del 2014 aplicable a las asignaciones de retiro y pensiones de invalidez de los soldados profesionales que adquieran ese derecho hacia el futuro y mal podría este operador judicial ordenar reconocer un derecho retroactivo, que el legislador no le concedió y que la jurisprudencia del maximo órgano de la jurisdicción en su sentencia de unificación, consideró que no les asistía el derecho, por lo que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

9. RECAPITULACIÓN

En conclusión y de acuerdo con lo señalado en precedencia se negarán las pretensiones de la demanda pues no hay lugar a la reliquidación solicitada por el señor Luis Hernando Ramírez Barreto, como quiera que el Ministerio de Defensa reconoció la pensión de invalidez en los términos de la normatividad vigente - Decreto 4433 de 2004 - respecto de las asignaciones de retiro y pensiones de invalidez para los soldados profesionales, la cual los excluye del beneficio de incluir el subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la prestación económica.

10. COSTAS

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del C. G. P dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

Teniendo en cuenta que el apoderado de la parte accionante en la fijación del litigio en desarrollo de la audiencia inicial, solicitó al despacho que se declarase el desistimiento de las pretensiones de la demanda, en concordancia con la nueva jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, solicitud que fue negada en razón a la carencia de poder de disposición del derecho, el despacho teniendo en cuenta los criterios frente a la condena en costas establecidos por el Consejo de Estado[19], debe analizarse el comportamiento de las partes y se evidencia que la parte demandante

[19] Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, expediente 70001-23-33-000-20J3-00065-01 (1908-2014), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter, actor: Ramiro Antonio Barreto Rojas, demandada: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

no actúo con temeridad o mala fe y en consecuencia se abstendrá de condenarla en costas.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO. Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme el artículo 203 del C.P.A.C.A.

CUARTO: Liquídense los gastos del proceso y su hubiere remanentes devuélvanse a la parte demandante.

QUINTO: En firme este fallo, archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS MANUEL GUZMÁN
Juez
(ORIGINAL FIRMADO)