Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Radicado	**73001-33-33-010-2018-00476-00**
Medio de control:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Demandante:	**JOSÉ DELCE TIQUE AROCA**
Demandado:	**NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO**
Asunto:	**reliquidación pensión invalidez**
Sentencia:	00026

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en los artículos 179 y 187 del C.P.A.C.A., se procede a dictar sentencia en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió el señor **JOSÉ DELCE TIQUE AROCA** en contra de la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**

I. PRETENSIONES

1.1 Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. **2017 3172173261 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1-10** del **5 de diciembre del 2017,** mediante el cual el oficial sección nómina del ejército nacional mediante negó la solicitud de reliquidación de la pensión de invalidez acorde a lo estipulado en el inciso segundo artículo 1 del decreto 1794 del 2000 que el sueldo de soldado profesional es un salario mínimo legal incrementado en un 60% desde el mes de noviembre del 2003 hasta su retiro de la institución.

1.2 Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio **OFL17-99408 MDNSGDAGPSAP** del **17 de noviembre del 2017** mediante el cual la Coordinadora grupo de prestaciones sociales del Ministerio de defensa negó la solicitud de reliquidación de la pensión de invalidez en correcta aplicación del artículo 16 del decreto 4433 del 2000 que establece que la pensión de invalidez se liquida teniendo en cuenta el 70% del sueldo devengado incrementado en un 38.5% de la prima de antigüedad.

1.3 Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio **OFL18-12527** MDNSGDAGPSAP del **14 de febrero del 2018** mediante el cual la Coordinadora grupo de prestaciones sociales del Ministerio de defensa negó la solicitud de reliquidación de la pensión de invalidez en razón a que la prima de navidad no es partida computable para la liquidación de las pensiones de los soldados profesionales.

1.4 Que liquide la pensión de invalidez del accionarte incluyendo como partida computable el 95% del subsidio familiar acorde con lo establecido en el artículo 11 decreto 1794 del 2000 y no en el 30% por haber adquirido ese derecho con anterioridad a la vigencia del artículo 1 decreto 1162 del 24 de junio del 2014

1.5 Que como consecuencia de las declaraciones anteriores y a título de restablecimiento del derecho, se ordené a la demandada liquidar la pensión de invalidez del actor la asignación

de retiro del actor teniendo como base la asignación básica establecida en el inciso 2 del artículo 1 Decreto 1794 del 2000, de un salario mínimo legal mensual adicionado en un 60%.

1.6 Se le ordene a la demandada reajustar la pensión de invalidez del demandante teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre del 2004, que al 70% de la asignación básica se le adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad.

1.7 Que liquide la pensión de invalidez del accionarte incluyendo como partida computable la duodécima (1/12) parte de la prima de navidad establecida en el artículo 5 Decreto 1794 del 2000, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1.8 Decreto 4433 del 2004.

1.8 Dar cumplimiento a la sentencia de unificación del Consejo de Estado respecto del salario básico de los soldados voluntarios incorporados como soldados profesionales los cuales devengaran 1SMLMV adicionado en el 60%.

1.9 Se ordene a la entidad demandada pagar el reajuste de la pensión de invalidez del accionante desde el 30 de julio del 2015 fecha de reconocimiento.

1.10 Se ordene a la demandada pagar intereses moratorios sobre los valores resultantes de la liquidación a partir de la ejecutoria de la sentencia hasta la inclusión en la nómina de pagos.

1.11 Que se condene a la entidad demandada al pago de los gastos y costas del proceso, así como las agencias en derecho.

1.13 Que se ordene a la entidad dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 188, 192, 193 y 195 ley 1437 del 2011

1. HECHOS

2.1 Que el señor **José Delce Tique Aroca** prestó servicio militar obligatorio desde el 15 de diciembre de 1995 hasta el 12 de junio de 1997, fue vinculado al ejército nacional como soldado voluntario desde el 20 de septiembre de 1999 hasta el 31 de octubre del 2003 y como soldado profesional desde el 1 de noviembre del 2003 hasta el 30 de octubre del 2015, fecha de retiro del servicio por invalidez con un tiempo total de servicio de 17 años 7 meses y 7 días.

2.2 Que durante el término de vinculación como soldado profesional la accionada canceló al accionante una asignación básica mensual equivalente a 1 salario mínimo legal mensual vigente incrementado en el 40% del mismo salario mínimo.

2.3 Que la junta médico laboral de la dirección de sanidad del ejército nacional mediante acta No **77938 del 28 de mayo del 2015**[1] dictaminó la disminución de la capacidad laboral del señor **Tique Aroca** en un 100% a causa del diagnóstico de leucemia linfoide aguda

2.4 Que mediante resolución No **1852 del 4 de mayo del 2016**[2], el Ministerio de Defensa reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual por invalidez al señor **José Delce Tique Aroca** a partir del 30 de julio del 2015 y para la liquidación de la pensión de invalidez se le tuvo en cuenta lo establecido en el artículo 30.3 del decreto 4433 del 2004 que al sueldo

[1] Folios 78 y 79 cuaderno principal
[2] Folios 30 y 31 ibidem

básico se le aplicó un porcentaje equivalente al 95% adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad y se le **adicionó** el 30% del subsidio familiar acorde con el decreto 1162 del 2014

2.5 Que el **3 de noviembre del 2017** con oficio **542**[3] por intermedio de apoderada el señor **Tique Aroca** radicó derecho de petición, solicitando a la dirección de personal del Ejército:

-Se le de aplicación a lo estipulado en el inciso segundo artículo 1 del decreto 1794 del 2000 que el sueldo de soldado profesional es un salario mínimo legal incrementado en un 60% desde el mes de noviembre del 2003 hasta su retiro de la institución

-El reajuste y pago de las prestaciones sociales debidamente indexadas que se hayan causado con fundamento en el ajuste del 20% del salario.

-La actualización de la hoja de servicios con el nuevo incremento y su remisión al Ministerio de Defensa para la reliquidación de la pensión de invalidez.

2.6 Que mediante oficio No. **2017 3172173261**[4] **MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1-10** del **5 de diciembre del 2017** la oficial sección nómina del Ejército Nacional negó la solicitud[5]

2. 7 Que en la misma fecha con oficio 543 la apoderada el señor **Tique Aroca** radicó derecho de petición No **81704**[6] solicitó a la coordinadora grupo de prestaciones sociales:

-La correcta aplicación del artículo 16 del decreto 4433 del 2000 que establece que la pensión de invalidez se liquida teniendo en cuenta el 70% del sueldo devengado incrementado en un 38.5% de la prima de antigüedad.

-Declarar la excepción de inconstitucionalidad del artículo 1 decreto 1161 del 2000 para que no produzca efectos legales en este asunto por ser discriminatorio con los soldados profesionales que adquirieron el derecho a devengar el 62.5% en activo y ordenar incluir el subsidio familiar como partida computable en la pensión de invalidez en el mismo valor devengado en actividad equivalente al 62.5%

-Se actualice la hoja de servicios con los nuevos valores devengados e indexados y el pago de las prestaciones sociales.

2.8 Que mediante oficio **OFL17-99408 MDNSGDAGPSAP** del **17 de noviembre del 2017**[7] la accionada no accedió a la solicitud en razón a que el Ministerio de Defensa liquidó correctamente la pensión incluyendo el 38.5% de la prima de antigüedad.

2.9 Que el 5 de febrero del 2018 con oficio 015 y por intermedio de apoderada el señor **Tique Aroca** radicó derecho de petición No **EXT 18-11284**[8] solicitando:

-La inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable en la liquidación de la pensión de invalidez, desde la fecha de reconocimiento y hasta la inclusión en la nómina de pago.

[3] Folio 21 ibidem
[4] Folio 22 cuaderno principal
[5] Folio 22 cuaderno principal
[6] Folios 23 y 24 ibidem
[7] Folios 25 y 26 ibidem.
[8] Folio 27 ibidem

-Que se disponga el pago del retroactivo de la pensión de invalidez desde reconocimiento hasta la inclusión en la nómina de pago

-Que se disponga el pago de la indexación sobre los valores que se le adeudan al actor

-Se disponga el pago de los intereses moratorios sobre los valores que se le adeudan al actor.

2.10 El Ministerio de defensa mediante oficio **OFL18-12527 MDNSGDAGPSAP** del **14 de febrero del 2018**[9] negó la solicitud en razón a que la prima de navidad no es partida computable para la liquidación de las pensiones de los soldados profesionales.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[10]

La entidad accionada contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la misma por carecer de fundamento factico y jurídico en tanto que los hechos en que se fundamenta el vicio del acto demandado, deberán ser probados siempre y cuando concurran debidamente los presupuestos de nulidad pautados en la ley.

Que el reconocimiento de la asignación de retiro del actor se efectuó de conformidad con las disposiciones legales contenidas en los artículos 13 y 16 Decreto 4433 de 2004, y según la hoja de servicios, sin que pueda la entidad incluir porcentajes no contemplados en dichas normas, por lo tanto, el acto administrativo demandado no adolece de ninguna causal de nulidad.

Así pues, señala que conforme al Decreto 4433 de 2004, la asignación de retiro de los soldados profesionales corresponde al 70% del salario devengado adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad y la fórmula de liquidación aplicada se encuentra ajustada a derecho y acorde con las disposiciones legales.

Añade que en lo relativo a inclusión de la duodécima 1/12 parte de la prima de navidad, la misma no puede ser reconocida pues está estipulada de forma taxativa para los oficiales y suboficiales de la Fuerza pública en el artículo 13.1.8 Decreto 4433 del 2004 y no para los soldados profesionales, obrando de conformidad con el mandato legal, por lo tanto es un derecho que los soldados profesionales nunca han tenido como activos y mal puede pretenderse que en retiro se les reconozcan partidas computables que no fueron reconocidas en actividad.

Que el accionante no tiene derecho a la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la liquidación de la pensión de invalidez porque el decreto 4433 del 2004 señalo taxativamente las partidas a tener en cuenta para liquidar pensiones a los soldados profesionales

Además, en el parágrafo[11] del artículo 13 existe una expresa prohibición para incluir primas, subsidios y/o partidas computables distintas a las que taxativamente consagró la Ley

[9] Folio 28 cuaderno principal
[10] Folio 56 al 72 cuaderno principal
[11] Decreto 4433 del 2004 artículo 13 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.

Propuso las excepciones de: *1. el acto administrativo demandado no adolece de ninguna nulidad. 2. prescripción de los derechos laborales.*

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN y CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO

4.1 Parte demandante[12]

Dentro del término legal establecido la apoderada judicial allegó memorial contentivo de sus alegaciones solicitando el reconocimiento de derechos ciertos e indiscutibles, contenidos en normas vigentes, aplicados al caso en concreto.

Que la accionada en forma arbitraria y contrariando la ley viene liquidando el sueldo mensual tomado solo el salario mínimo incrementado en un 40% cuando la ley señala que para los soldados que a 31 de diciembre del 2000 ostentaban la calidad de soldados voluntarios se debe liquidar la asignación con base en un SLMLV incrementado en el 60%.

Que el Consejo de Estado en su jurisprudencia ha señalado que para los soldados voluntarios que fueron incorporados como soldados profesionales el decreto 1794 del 2000 inciso segundo establece que los uniformados que reúnan tales condiciones devengaran un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Respecto del subsidio familiar señala que en el artículo 53 Constitucional se estableció el principio de favorabilidad según el cual en caso de duda en la interpretación y aplicación de las fuentes formales del derecho debe aplicarse la más favorable para el trabajador o servidor público, siendo justo que se le aplique a su prohijado la condición mas favorable en el subsidio familiar, pues al no hacerlo se viola flagrantemente este principio teniendo en cuenta que a los demás miembros de la fuerzas militares, se incluye el subsidio familiar en el porcentaje reconocido en el momento del retiro.

Respecto de la prima de antigüedad se ha decantado que esa interpretación no corresponde con lo previsto en la norma, pues la asignación de retiro corresponde al 70% de la asignación básica adicionada en el 38.55 de la prima de antigüedad y que ese 70% solo debe afectar la asignación básica mensual y no la prima de antigüedad, solicitó se decrete la nulidad del acto administrativo que negó el derecho y en consecuencia se ordene a la accionada el reajuste y pago salarial reclamado.

4.2 Parte demandada[13]

La apoderada de la parte accionada presentó sus argumentos finales oponiéndose a todas las pretensiones incoadas en la demanda pues el acto administrativo demandado no adolece de ninguna nulidad, ajustados a la normatividad vigente en la fecha de su expedición, predicándose la legalidad de este y de todas las actuaciones administrativas en su expedición.

Agrega que la Corte Constitucional señaló que: i) no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser este globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo el usuario pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en los que la regulación general sea más benéfica[14] ii) ha precisado además, que dado que los sistemas de seguridad social - tanto el general como los

[12] Folio 137 al 139 cuaderno principal
[13] Folio 140 al 152 cuaderno principal
[14] Corte Constitucional sentencia C-956 del 2001 consejero ponente Eduardo Montealegre Lynett

regímenes especiales – funcionan de acuerdo con metodologías propias y confieren prerrogativas diversas – por razón de las características comunes al grupo humano que se dirigen – no resultaría legítimo que, para detectar posibles discriminaciones se les comparara con la misma regla se les adjudicara iguales patrones de confrontación[15]

Que el ordenamiento que determina las prestaciones sociales de los miembros de la fuerza pública es un régimen de carácter especial, que debe ser aplicado en su totalidad y no en lo que el intérprete le parezca razonable se le deba aplicar, adicionalmente, la pensión de invalidez le fue reconocida al accionante, después del mes de julio del 2014, fecha en que entraron en vigencia los decretos 1161 y 1162 del 2014, por lo tanto , la entidad cumplió con lo que marca la norma y al actor se le reconoció el derecho como corresponde a tal partida, luego no es dable acceder a la causa pretendí.

5. TESIS DE LAS PARTES

5.1 Tesis del accionante

Considera que debe accederse a las pretensiones de la demanda, porque de conformidad con el principio de favorabilidad debe optarse por la interpretación más beneficiosa para el trabajador, en este caso, la asignación de retiro del actor se debe liquidar teniendo en cuenta que al 70% del sueldo básico se le adicione el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, el incremento del 20% establecido en el Decreto 1794 del 2000 dejado de percibir, la inclusión de la doceava (1/12) parte de la prima de navidad como partida computable para la asignación de retiro y la aplicación del 95% del subsidio familiar devengado en actividad en razón conforme al artículo 11 decreto 1794 del 2000 y no el 30% como lo estableció el decreto 1161 del 2014

5.2. Tesis del demandado

Solicita se nieguen las pretensiones de la demanda, como quiera que la pensión de invalidez del accionante se liquidó de conformidad con las disposiciones del Decreto 4433 de 2004 y de acuerdo con la hoja de servicios, reconociendo el equivalente al 70% del salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como lo ha estado aplicando la entidad y respecto de la doceava parte de la prima de navidad y el porcentaje del subsidio familiar le está expresamente prohibido reconocer montos no consagrados en la Ley para los soldados profesionales, más aún cuando los mismos no fueron devengados en actividad.

6. Problema jurídico

Consiste en determinar si ¿el accionante tiene derecho a que se le reajuste su pensión de invalidez con el incremento del 20% en el sueldo básico mensual (art 1 decreto 1794 del 2000) y la reliquidación de las prestaciones sociales, además la inclusión de la doceava (1/12) parte de la prima de navidad y del subsidio familiar como partida computable en igual cuantía a la devengada por el personal en activo de las fuerzas militares y la correcta aplicación del artículo 13 del decreto 4433 del 2004 que al salario mínimo legal se le aplique el 70% y a este resultado se le adicione el 38.5% de la prima de antigüedad o si por el contrario los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho?

[15] Ibidem

6.1 Tesis del Despacho.

Se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado contenida en la sentencia de unificación respecto de la interpretación literal del inciso 2 artículo 1 decreto 1794 del 2000 en relación al salario mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre del 2000 se encontraban incorporados como soldados voluntarios (1SMLMV incrementado en el 60%), ordenar la reliquidación de la pensión de invalidez incluyendo el incremento del 20% de la asignación básica y negar las demás pretensiones incoadas.

6.2 Marco legal y jurisprudencial

La ley 131 de 1985, por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario, establece para quienes han prestado servicio militar obligatorio, la posibilidad de continuar voluntariamente en la institución, cuando así lo manifiesten al comandante de la fuerza, por un tiempo que no será inferior a doce meses, quedando sujetos al Código de Justicia Penal Militar, al régimen disciplinario y prestacional dispuesto para los soldados de las fuerzas militares.

En cuanto al reconocimiento económico por la labor desempeñada por los soldados voluntarios, la norma señaló:

> *"Artículo 4. El que preste servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto."*

Posteriormente, el decreto 1793 de 2000, por el cual se expide el régimen de carrera y el estatuto del personal de soldados profesionales de las fuerzas militares, dispuso:

> *"ARTÍCULO 5. SELECCIÓN. Los aspirantes que cumplan con las condiciones establecidas en el artículo anterior se someterán a un proceso de selección previa realizado por un comité multidisciplinario, el cual será nombrado por el Director de Reclutamiento de cada Fuerza.*
> *En la selección a que se refiere el presente artículo, tendrán prelación los reservistas de primera clase a los cuales se refiere el literal f) del artículo anterior.*
> *PARÁGRAFO. Los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los Comandantes de Fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen."*

6.2.1. Salario mensual soldados profesionales

Acorde con lo expuesto en el decreto 1793 del 2000 artículo 1, los soldados profesionales son:

> ***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.*

El gobierno nacional expidió el **decreto 1794 del 2000** mediante el cual se estableció el régimen salarial y prestacional para los soldados profesionales:

> ***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 parágrafo 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%).

6.2.2 De la asignación de retiro de los soldados profesionales

De acuerdo con el decreto 4433 de 2004 por el cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, para el reconocimiento de la mesada pensional de los soldados profesionales, estableció:

"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."* (Negrilla fuera de texto)

A su turno, sobre las partidas computables para el personal de las fuerzas militares, el artículo 13 dispone:

"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:
(….)
13.1.8 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." (Negrilla fuera de texto)
Así, de cara al porcentaje de la prima de antigüedad computable como partida a efectos de obtener el ingreso base de liquidación de la asignación de retiro, el decreto citado dispuso en el artículo 18:
(…)
Artículo 18. Aportes de soldados profesionales de las Fuerzas Militares. Los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:
(…)
El aporte sobre la prima de antigüedad fijado en el presente numeral se liquidará sobre los porcentajes que se señalan a continuación de acuerdo con el tiempo de servicio así:
(…)
18.3.7 **El treinta y ocho puntos cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante**." (Negrilla fuera de texto)

La asignación de retiro a favor de los soldados profesionales se reconocerá sobre el 70% del salario devengado adicionado ese monto con un porcentaje del 38.5% que corresponde a la prima de antigüedad, siendo éstas las partidas computables a efectos de determinar el ingreso base de liquidación de la mesada.

6.2.3 De la pensión de invalidez de los soldados profesionales

Igualmente, el mencionado decreto respecto de la pensión de invalidez, señaló[16]

"ARTÍCULO 30. Reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez. *Cuando mediante Junta Médico Laboral o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, al personal de Oficiales, Suboficiales, Soldados Profesionales y personal* ***vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares****, y de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo, Agentes y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de la Policía Nacional se les determine una disminución de la*

[16] decreto 4433 de 2004 artículo 30.

capacidad laboral igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) ocurrida en servicio activo, tendrán derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio, mientras subsista la incapacidad, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o por la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso, liquidada de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan, con fundamento en las partidas computables que correspondan según lo previsto en el presente decreto.

30.1 El setenta y cinco por ciento (75%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) e inferior al ochenta y cinco por ciento (85%).

30.2 El ochenta y cinco por ciento (85%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) e inferior al noventa y cinco por ciento (95%).

30.3 El noventa y cinco por ciento (95%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).

7. Caso concreto

Teniendo en cuenta lo anterior, procede el despacho a determinar si en el caso sub-júdice el señor **José Delce Tique Aroca** tiene derecho al reajuste de la pensión de invalidez.

7.1 hechos jurídicamente relevantes

HECHO PROBADO	***MEDIO PROBATORIO***
1. El señor José Delce Tique Aroca prestó sus servicios al Ejército Nacional durante 17 años 7 meses y 7 días como soldado profesional siendo retirado en razón a la disminución del 100% de la capacidad laboral.	***Documental.*** *Resolución No 1052 del 4 de mayo del 2016 (fl 30 - 31)*
2. Que el actor devengó en actividad sueldo básico, subsidio familiar y prima de antigüedad.	***Documental.*** *Extraído resolución No 1052 del 4 de mayo del 2016 (fl 30 - 31)*
3. Que para la liquidación de la pensión de invalidez se tuvo en cuenta el 95% del sueldo básico adicionado en el 38.5% de la prima de antigüedad y a ese resultado se le adicionó el 30% del subsidio familiar acorde con el decreto 1162 del 2014	***Documental.*** *Extraído resolución No 1052 del 4 de mayo del 2016 (fl 30 - 31)*
4. Que se le reconoció pensión de invalidez efectiva a partir del 30 de julio del 2015.	***Documental.*** *Resolución No 1052 del 4 de mayo del 2016 (fl 30 - 31)*
5. Que el demandante solicitó a la accionada el reajuste de su pensión de invalidez teniendo en cuenta: el incremento del 20% del sueldo básico, que al 70% del sueldo básico se le incremente el 38.5% de la prima de antigüedad, la inclusión de la doceava 1/12 parte de la prima de navidad y reajuste del subsidio familiar al 95%	***Documental.*** *Solicitudes radicadas visibles a folios 21, 23-24 y 27cuaderno principal.*
6. Que el Ministerio de Defensa negó la reliquidación de la pensión de invalidez	***Documental.*** *Copia oficios 2017 3172173261 del 5 de diciembre del 2017 (fl 22), OFL17- 99408 del 17 de noviembre del 2017 (fl 25-26) y OFL18 -12527 del 14 de febrero del 2018 (fl 28).*

De acuerdo con el material probatorio allegado a la presente actuación, se observa que el señor **José Delce Tique Aroca** prestó servicio militar obligatorio desde el 15 de diciembre de 1995 hasta el 12 de junio de 1997, fue vinculado al Ejército Nacional como soldado voluntario desde el 20 de septiembre de 1999 hasta el 31 de octubre del 2003 y como soldado profesional desde el 1 de noviembre del 2003 hasta el 30 de octubre del 2015 fecha de retiro del servicio en razón a la disminución del 100% de su capacidad laboral.

Así pues, es claro que a 31 de diciembre de 2000, el accionante se encontraba vinculado al Ejército Nacional como soldado regular conforme a la ley 131 de 1985, de suerte que acorde a las disposiciones legales citadas al incorporarse como soldado profesional en los términos del decreto 1794 de 2000, para efectos de su asignación básica, tenía derecho a un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), esto es, conservando el reconocimiento económico de la Ley por la que fue vinculado, se reitera, la Ley 131 de 1985.

Pues en efecto, el decreto 1794 de 2000 no determinó requisito distinto para los beneficiarios del régimen de transición creado en su artículo 1, solamente el hecho de haber estado vinculado como soldado voluntario a 31 de diciembre de 2000 y manifestar su intención de incorporarse como soldado profesional; de ahí que para que el reconocimiento de su asignación básica en actividad fuera equivalente a un sueldo mínimo incrementado en un 60%, lo necesario era encontrarse en las condiciones antes señaladas, lo cual es evidente que fue cumplido por el demandante en el caso que se estudia.

8. De la sentencia de unificación del Consejo de Estado

El Consejo de Estado - Sección Segunda en uso de la facultad otorgada en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011 profiere sentencia de unificación[17] en cuanto al tema "*Con fundamento en el inciso 2º, del artículo 1º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, los soldados voluntarios posteriormente incorporados como profesionales, tiene derecho a ser remunerados mensualmente en el monto de un salario básico incrementado en un 60%",* tema que ocupa la atención del despacho y en la que se dispuso:

> *"Así las cosas, la situación salarial y prestacional de los soldados voluntarios, en vigencia de la Ley 131 de 1985,[18] se grafica de la siguiente manera, para su mejor comprensión:*

SITUACIÓN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS SOLDADOS VOLUNTARIOS EN VIGENCIA DE LA LEY 131 DE 1985	
Prestación social o salarial a la que tenían derecho	***Monto***
Bonificación mensual	*Equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementada en un 60%*
Bonificación de navidad	*Equivalente al monto recibido como bonificación mensual en el mes de noviembre del respectivo año*
Bonificación al ser dado de baja retirado	*Equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicios*

> *(…)*
> ***Reglas jurisprudenciales***
>
> *En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:*
>
> ***Primero.*** *De conformidad con el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,[19] 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,[20] la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se*

[17] Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15) CE-SUJ2-003-16
[18] Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.
[19] Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.
[20] Ibídem.

desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985,[21] es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

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

***Cuarto.** La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la 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 10[22] y 174[23] de los Decretos 2728 de 1968[24] y 1211 de 1990,[25] respectivamente".*

9. Del reajuste del sueldo básico

A fin de determinar si la asignación mensual reconocida al señor Tique Aroca en actividad corresponde a *un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%),* tal como lo determinó el artículo 1 del decreto 1794 de 2000 para quienes, al 31 de diciembre del año 2000, se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, se hace imperioso rectificar cada una de las fórmulas traídas en la disposición legal mencionada, así:

Año	Salario mínimo	Incremento con el (40%)	Incremento con el (60%)	Sueldo devengado por el actor [26]
2003	332.000	464.800	531.200	464.800
2004	358.000	501.200	572.800	501.200
2005	381.500	534.100	610.400	534.100
2006	408.000	571.200	652.800	571.200
2007	433.700	607.180	693.920	607.180
2008	461.500	646.100	738.400	646.100
2009	496.900	695.660	795.040	695.660
2010	515.000	721.000	824.000	721.000
2011	535.600	749.840	856.960	749.840
2012	566.700	793.380	906.720	793.380
2013	589.500	825.300	943.200	825.300
2014	616.000	862.400	985.600	862.400
2015	644.350	**902.090**	1.030.960	**902.090**

Luego entonces, fluye con evidente claridad que revisado el valor del sueldo para la liquidación de la pensión de invalidez en la resolución No **1852 del 4 de mayo del 2016** y el oficio radicado No **2019 3172025571** del **16 de octubre del 2019[27]**, en la que el oficial sección nómina del Ejercito certificó que al accionante no se le ha realizado el respectivo aumento, es claro que desde noviembre de 2003 se le ha cancelado por la entidad como sueldo básico *un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%),* desconociendo el beneficio del régimen de transición establecido a quienes a 31 de diciembre del año 2000, se encontraban vinculados como soldados de

[21] Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.
[22] "Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años."
[23] Artículo 174. Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en 4 años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en 2 años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
[24] Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares
[25] Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.
[26] Certificados de haberes devengados por el accionante desde el año 2003 y abril de 2018. (fl. 6 Cuaderno Pruebas de oficio)
[27] Folio 7 cuaderno pruebas de oficio.

acuerdo con la Ley 131 de 1985, para los cuales se determinó que devengarían *un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%),* bajo el cual se encuentra el actor.

De suerte que la fórmula usada por la entidad para calcular la asignación básica del accionante no corresponde a la determinada legalmente para quienes se encuentran bajo el régimen de transición del Decreto 1794 de 2000.

Revisado el expediente tenemos que mediante oficio No **2019 3172025571** del **16 de octubre del 2019**[28] el oficial de sección nomina-dirección de personal del Ejército Nacional informó al despacho que revisado el sistema de información para la administración del talento humano (SIATH) se evidenció que el señor Delce Aroca fue retirado del servicio el 30 de julio del 2015, sin que se le hubiese realizado el incremento del 20% en su asignación básica mensual.

En ese orden de ideas, habrá de decretarse la nulidad del acto administrativo demandado al encontrarse desvirtuada su presunción de legalidad y declarar que el accionante tiene derecho a se le reconozca y pague la asignación básica mensual en el equivalente a 1 SMLMV adicionado en el 60%.

Para el caso presente los valores de la asignación básica mensual serán los siguientes:

Año	***Salario mínimo***	***Incremento (60%)***	***Sueldo básico***
2013. noviembre	*589.500*	*353.700*	*943.200*
2014	*616.000*	*369.600*	*985.600*
2015. 30 julio	*644.350*	*386.610*	*1.030.960*

10. De la asignación de retiro de los soldados profesionales – pensión de invalidez

De acuerdo con el decreto 4433 de 2004, por el cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, definió para el reconocimiento de la mesada pensional de los soldados profesionales y la pensión de invalidez, lo siguiente:

> ***"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."* (Negrilla fuera de texto)
>
> ***PENSIÓN DE INVALIDEZ***
> ***CAPÍTULO ÚNICO***
> *Para el personal de Oficiales, Suboficiales y soldados de las Fuerzas Militares y Oficiales, Suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Policía Nacional y alumnos de las escuelas de formación*
> ***ARTÍCULO 30.*** *Reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez. Cuando mediante Junta Médico Laboral o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, al personal de Oficiales, Suboficiales, Soldados Profesionales y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares, y de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo, Agentes y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de la Policía Nacional se les determine una disminución de la capacidad laboral igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) ocurrida en servicio activo, tendrán derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio, mientras subsista la incapacidad, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual,*

[28] Folio 1 cuaderno pruebas de oficio

que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o por la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso, liquidada de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan, con fundamento en las partidas computables que correspondan según lo previsto en el presente decreto:
30.1 El setenta y cinco por ciento (75%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) e inferior al ochenta y cinco por ciento (85%).
30.2 El ochenta y cinco por ciento (85%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) e inferior al noventa y cinco por ciento (95%).
30.3 ***El noventa y cinco por ciento (95%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).***

Frente a las partidas computables para la asignación de retiro, nos permitimos traer a colación las consideraciones efectuadas por el honorable Consejo de Estado en sentencia de Unificación SUJ-015-CE-S2-2019[29]

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

131. Para efectos de analizar este tema, es necesario recordar lo señalado en el artículo 3 de la Ley 923 de 2004, el cual, como se indicó en precedencia, prevé los elementos mínimos que deben contener las asignaciones de retiro y las pensiones de los miembros de la Fuerza Pública, que son básicos del régimen.
132 Dentro de los elementos definidos en la referida ley se encuentran los señalados en los numerales 3.3. y 3.4, que son del siguiente tenor:
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.
3.4. El aporte para la asignación de retiro a cargo de los miembros de la Fuerza Pública será fijado sobre las partidas computables para dicha asignación, el cual estará a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.
133 En este punto, es importante recordar, igualmente, que de conformidad con los antecedentes de la referida ley, una de sus finalidades era consagrar «una concordancia entre las partidas sobre las cuales se aporta y las partidas sobre las cuales se liquida la asignación de retiro, atendiendo el principio general de seguridad social según el cual las prestaciones de carácter periódico en las cuales existe la obligación de aporte, por parte del servidor deben ser liquidadas con fundamento en aquellas partidas sobre las cuales se hace el aporte»[30]. Así mismo, que la norma pretendía ratificar que los requisitos más importantes para acceder al derecho a la asignación de retiro son el tiempo de servicios prestado en calidad de miembro de la Fuerza Pública y el tiempo de aportes «que comprende aquel sobre el cual el miembro de la Fuerza Pública en su calidad de servidor público adscrito al sector defensa ha hecho aportes con destino a la seguridad social»[31].
(…)
140. Ahora bien, en relación con este tema, se ha sostenido por parte de los demandantes que se presenta una vulneración al derecho a la igualdad entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, como quiera que las partidas que se les computan para la asignación de retiro son diferentes en uno y otro caso, pues las mismas difieren tal y como pasa a evidenciarse:

Partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales (artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004)	***Partidas computables para la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares (artículo 13.1 del Decreto 4433 de 2004)***
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.*	*13.1.1 Sueldo básico.* *13.1.2 Prima de actividad.* *13.1.3 Prima de antigüedad.* *13.1.4 Prima de estado mayor.* *13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6o del presente Decreto.* *13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.* *13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro. 13.1.8*

[29] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de fecha 25 de abril de 2019. Radicación: 85001333300220130023 7-01 Ponencia William Hernández Gómez
[30] Gaceta del Congreso núm. 578 del 28 de septiembre de 2004. Informe de ponencia para primer debate al proyecto de Ley 024 de 2004, Cámara. Página 3.
[31] Ibidem.

	Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

141 Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime[32] 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.
(…)
***149 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**.*

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

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.

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."

6.2 Respecto a la asignación salarial que debe tenerse en cuenta para la liquidación de asignación de retiro de los soldados voluntarios incorporados como profesionales.

En la citada sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019**[33]** se señaló:

***"**204. Para analizar este tema, es necesario recordar que la asignación salarial mensual de los soldados voluntarios incorporados como profesionales fue objeto de estudio por esta Corporación en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016[34]. Allí se definió la controversia suscitada frente a los soldados voluntarios que pasaron a ser profesionales, en el sentido de precisar que, de conformidad con el inciso 2.º del artículo 1.º 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%.*

205. Sin embargo, se encuentra pendiente de definir cuál es la asignación básica mensual que debe tenerse en cuenta para la asignación de retiro de ese personal. Lo anterior, por cuanto el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 prescribe que los soldados voluntarios que se incorporen como soldados profesionales tienen derecho al reconocimiento de una asignación de retiro cuando cumplan 20 años de servicios, la cual será liquidada en el equivalente al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1 de aquella norma, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, sin que la mesada pueda ser inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes. A su vez, el numeral citado prescribe que es partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales el «Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1.° del Decreto-ley 1794 de 2000», norma esta última que prevé:

*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 parágrafo 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%). (resalta la sala)

[32] T-530 de 2002, T-119 de 2001, T-540 de 2000, T-117 de 2003, C-1110 de 2001.
[33] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de fecha 25 de abril de 2019. Radicación: 85001333300220130023 7-01 Ponencia William Hernández Gómez
[34] Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, radicación: 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15) CE-SUJ2-003-16, actor: Benicio Antonio Cruz, demandado: Ministerio de Defensa - Fuerzas Militares de Colombia - Ejército Nacional.

206. Al revisar el contenido literal de la disposición, se observa que ella prevé que la asignación de retiro de los soldados profesionales debe liquidarse con base en una asignación salarial mensual equivalente al salario mínimo legal mensual vigente aumentado en un 40%, sin hacer precisión adicional respecto de quienes para el 31 de diciembre de 2000 estaban vinculados a las Fuerzas Militares como soldados voluntarios, los que en virtud del inciso 2 artículo 1 ejusdem, tenían derecho a una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%.

207. Tal laguna normativa lleva al interrogante de cuál debe ser la asignación salarial que debe tenerse en cuenta para efectuar la liquidación de la asignación de retiro de los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales, lo que implica definir si esta prestación debe ser calculada teniendo en cuenta el tenor literal de la norma, esto es, lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, es decir, el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%, o si por el contrario, la prestación de retiro debe calcularse con base en la remuneración que correspondía a los soldados voluntarios incorporados como profesionales, o sea, con base en el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.
(…)

216. La solución que se plantea para definir el asunto, es una interpretación armónica de los artículos 16 y 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004 que permita determinar el salario con base en la cual debe liquidarse la asignación de retiro de los soldados profesionales de acuerdo con lo prescrito en el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 en su integridad, lo cual implica que en el caso de los soldados voluntarios que fueron incorporados como profesionales deba atenderse el inciso segundo de la norma en cuestión, pues es esta la exégesis que atiende los principios de correspondencia entre los aportes y el valor de la mesada, y garantiza en mayor medida el derecho a la asignación de retiro como componente fundamental del derecho a la seguridad social, así como la equidad e igualdad material que se dispensa a los destinatarios de la norma, favorabilidad y pro homine[35], postulados superiores que resultan de mayor peso al del principio de presunción de legalidad.
217. Admitir lo contrario conlleva, además del detrimento de estos últimos, al enriquecimiento sin causa de la entidad pública que reconoce la asignación de retiro de acuerdo con un ingreso base de liquidación inferior al que efectivamente sirvió para definir el porcentaje de los aportes. Igualmente, al desconocimiento del parámetro de validez garantista[36] para los derechos de las personas, que debe tenerse en cuenta en la aplicación de las fuentes formales del derecho, orientación que propone el modelo de Estado Social de Derecho[37] y sus fines[38].
218. En este sentido se retoman las consideraciones expuestas por esta Corporación en la sentencia del 8 de junio de 2017[39], al señalar:
[…] con base en la cláusula del Estado Social de Derecho, resulta imperativo favorecer en su decisión la vigencia de la norma de derecho social de mayor alcance, acogiéndose a la regla hermenéutica que rige en materia de derechos sociales, in dubio pro justitia socialis, e interpretar las normas a favor de los soldados profesionales, por cuanto que al serle aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el "bienestar", esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad.
219. Tampoco puede desconocerse que uno de los elementos del régimen de la Fuerza Pública es que el incremento de las asignaciones de retiro siempre corresponde al mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros en servicio activo, de manera que es claro que lo devengado en actividad debe ser proporcional a la prestación de retiro.
***220. En conclusión**, la asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, **esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% teniendo en cuenta que los aportes deben efectuarse sobre dicho valor**.*
221. Por su parte, la asignación salarial mensual de los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%.
(…)

35 Sobre el principio pro homine ver sentencias de unificación de esta sección: SUJ-009-S2 de 2018; SUJ-010-S2 de 2018 y SUJ-013-S2 de 2018.
36 Garantismo Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, Edición de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Ed. Trotta, S.A. 2005, 2009. Madrid. P. 29
37 Artículo 1 de la Constitución Política.
38 Artículo 2 ibidem.
39 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de junio de 2017, radicación: 11001032500020100006500 (0686-2010), actor: Fundación Colombiana Sentimiento Patrio de los Soldados e Infantes de Marina Profesionales «sedesol».

Primero: *Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente: (...)*
A fin de establecer la asignación mensual como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro según lo dispuesto por el artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, deberá atenderse el artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, en su integridad, teniendo en cuenta el salario que le corresponde a los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales, por lo cual:

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

11. Prima de antigüedad

Ahora bien, reclama el actor que no fue computada correctamente la prima de antigüedad, pues advierte que, de acuerdo con la interpretación dada por la entidad a la norma, aplicó el 70% no sólo sobre el sueldo básico sino sobre la prima de antigüedad, a la cual ya le había aplicado el 38.5%.

Como ilustración de la liquidación de la pensión de invalidez del accionante, traemos a colación, la resolución No 1852 del 4 de mayo del 2016[40],teniendo en cuenta las siguientes partidas computables:

Sueldo año 2015 (SMLMV + 40%)	644.350 + 257.740	$ 902.090
Antigüedad (902.090 x 58.5%) x 38.5%	527.723 x 38.5%	$ 203.173
Subtotal pensión invalidez		**$1.105.263**
Subsidio familiar (902.090x62.5%) x 30%	(563.807 x 30%	$ 169.142
Total		**$1.294.405**

Es evidente que al accionante se le reconoció y pago la pensión de invalidez aplicando para ello la prima de antigüedad equivalente al 58.5% del salario básico así: $902.090 x 58.5% = **$527.722.65** y este resultado se le aplicó el 38.5% para la liquidación de la pensión de invalidez acorde con el decreto 4433 del 2004 dando por resultado la suma de **$203.173** pesos. Así mismo que el subsidio familiar se liquidó aplicando el 30% sobre el subsidio familiar devengado en actividad.

Sin embargo, para este despacho judicial la pensión de invalidez al accionante se debió liquidar en aplicación de la sentencia de unificación del Consejo de Estado teniendo en cuenta que el sueldo básico es el equivalente a 1smlmv adicionado en un 60% del mismo salario mínimo, para el caso presente será:

año 2015: (SMLMV + 60%)	(644.350 + 386.610)	$1.030.960.
Prima antigüedad 2015 (SB x 58.5%)	(1.030.960 x 58.5)	603.112
Sueldo mensual soldado 2015	(1.030.960 + 603.112)	**$1.634.072.**

Para el año 2014:

[40] Folios 30 y 31 cuaderno principal

año 2014: (SMLMV + 60%)	(616.000 + 369.600)	$ 985.600
Prima antigüedad 2014 (SB x 58.5%)	(985.600 x 58.5)	576.576
Sueldo mensual soldado 2014	(985.600 + 576.576)	**$1.562.176.**

Para el año 2013

año 2013: (SMLMV + 60%)	(589.500 + 353.700)	$ 943.200.
Prima antigüedad 2013 (SB x 58.5%)	(943.200 x 58.5)	551.772
Sueldo mensual soldado 2013	(943.200 + 551.772)	**$1.494.972.**

En ese orden de ideas, para la liquidación de la pensión de invalidez del accionante en aplicación de la normatividad vigente al momento del retiro del servicio que estableció que en casos de perdida de la capacidad laboral del 100% se liquidará la pensión en un porcentaje del 95% del sueldo básico mensual (art 30.3 decreto 4433 del 2004) suma que debe ser adicionada en el 38.5% de la prima de antigüedad devengada al momento del retiro, acorde con la jurisprudencia unificación del Consejo de Estado que señala que los factores salariales a tener en cuenta en la liquidación de las pensiones son los mismos sobre los cuales se haya realizado aportes al sistema de seguridad social y la inclusión del 30% sobre el subsidio familiar que devengaba en activo el soldado profesional en concordancia con lo establecido en el decreto 1262 del 2014.

En el caso presente, la liquidación de la pensión de invalidez del señor Tique Aroca es como sigue:

Para el año 2015
SMLMV año 2015= $644.350
60% SMLMV 2015 = $386.610
Sueldo básico mensual soldado profesional: $644.350 + 386.610 = **$1.030.960.**
Prima de antigüedad para el 2015 sería de: $1.030.960 x 58.5%= **$603.111.60**
Subsidio familiar en actividad: $1.030.960 x 62.5% = $**644.350**

95% sueldo básico año 2015	(1.030.960 x 95%)	$ 979.412
Adición= (prima antigüedad 2015 x 38.5%)	(603.112 x 38.5)	$ 232.198
Sub total pensión invalidez 2015		$ **1.211.610**
Subsidio familiar: ($1.030.960x62.5%) x 30%	$644.350 x 30%	193.305
Total pensión invalidez 2015		$ **1.404.915**

Para el año 2016
SMLMV = 689.454
60% SMLMV = $413.672.40
Sueldo básico mensual: 689.454 + 413.672= $1.103.126
Prima de antigüedad=$1.103.126 x 58.5%= $645.329

95% sueldo básico año 2016	(1.103.126 x 95%)	$1.047.970
Adición= (prima antigüedad 2016 x 38.5%)	(645.329 x 38.5)	$ 248.452
Total		$ **1.296.422**

Para el año 2017
SMLMV= $737.717
60% SMLMV= $442.630
Sueldo básico mensual: 737.717 + 442.630 = $1.180.347
Prima de antigüedad: $1.180.347 x 58.5%=$690.503

95% sueldo básico año 2017	(1.180.347 x 95%)	$1.121.330
Adición= (prima antigüedad 2017 x 38.5%)	(690.503 x 38.5)	$ 252.553
Total pensión invalidez 2017		$ **1.373.883**

Para el año 2018
SMLMV= $781.242
60% SMLMV= $468.745
Sueldo básico mensual: $781.242 + $468.745 =$1.249.988
Prima de antigüedad: $1.249.988 x 58.5% =$731.243

95% sueldo básico año 2018	(1.249.988 x 95%)	$1.187.489
Adición= (prima antigüedad 2018 x 38.5%)	(731.243 x 38.5)	$ 281.529
Total pensión invalidez 2018		$ **1.469.018**

Para el año 2019
SMLMV= $828.116
60% SMLMV= $ 496.870
Sueldo básico mensual: $828.116 + $ 496.870 = $1.324.986.
Prima de antigüedad: $1.324.986 x 58.5% = $775.117

95% sueldo básico año 2019	(1.324.986 x 95%)	$1.258.737
Adición= (prima antigüedad 2019 x 38.5%)	(775.117 x 38.5)	$ 298.420
Total pensión invalidez 2019		$ **1.557.157**

Para el año 2020
SMLMV= $877.803
60% SMLMV= $526.682
Sueldo básico mensual: $877.803 + $526.682= $1.404.485
Prima de antigüedad: $1.404.485 x 58.5= $821.624

95% sueldo básico año 2020	(1.404.485 x 95%)	$1.334.261
Adición= (prima antigüedad 2020 x 38.5%)	(821.624 x 38.5)	$ 316.402
Total pensión invalidez 2020		$ **1.650.663**

12. Del derecho a la igualdad – inclusión prima de navidad.

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[41]**.**

[41] *Sentencia C-818 de 2010.*

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 *ibidem* 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*[42]***.*** *Ello supone, por lo tanto, que la igualdad también constituye un concepto relativo, 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."*

El Consejo de Estado, en un caso similar y en cuanto al derecho a la igualdad de los soldados profesionales de que se les reconozcan las mismas partidas al momento de la liquidación de la asignación de retiro, ha señalado:

> "***El derecho a la igualdad***
> *(…)*
> *Nuestro ordenamiento Constitucional, cimentado en los postulados del Estado Social de Derecho, establece la garantía de la igualdad, tanto formal como material, en todos los ámbitos de la vida social:*
>
> *Articulo 13*
> *(…)*
> *Esta disposición Constitucional establece el derecho a la igualdad ante la ley (igualdad formal) y, a título enunciativo, contempla unos criterios que pueden generar desigualdades injustificadas (sexo, raza, origen, etc.), e impone al Estado la obligación de proteger a las personas que pueden ser objeto de discriminaciones por razón de su condición económica, física o mental (igualdad material). Así pues, en tratándose de personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta es una obligación del Estado brindar un trato diferencial y positivo, y en consecuencia, el trato desigual no solo es válido sino necesario para realizar los fines de un Estado Social de Derecho.*
> *En ese sentido, la Corte Constitucional ha implementado el uso de "un modelo de análisis que integra el juicio de proporcionalidad y el test de igualdad. Lo que en este modelo se hace, básicamente, es retomar y armonizar los elementos del test o juicio de proporcionalidad europeo con los aportes de la tendencia estadounidense. Así, se emplean las etapas metodológicas del test europeo, que comprende las siguientes fases de análisis: (i) se examina si la medida es o no adecuada, es decir, si constituye o no un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; (ii) se analiza si el trato diferente es o no necesario o indispensable; y (iii) se realiza un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial."*
>
> *(…)*

[42] 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.

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.

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[43]***.***". (Negrillas fuera de texto).

Posición que ha sido reiterada en diferentes oportunidades por nuestro órgano de cierre, tal y como se dijo en sentencia del veintiocho (28) de mayo de dos mil quince (2015), proferida por la Sección Primera de dicha Corporación y en la que se dispuso:

"El Tribunal demandado, en el fallo de 10 de octubre de 2013, cuya pérdida de efecto se pretende por vía de la presente acción de tutela, estimó que el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 no vulnera el derecho a la igualdad de los soldados profesionales porque éstos son diferentes a los oficiales y suboficiales. Dicho en otras palabras, las razones que tuvo el operador jurídico demandado para negar la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro y para no aplicar la excepción de inconstitucionalidad del artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, por considerar que no existe violación del derecho fundamental a la igualdad, previsto en el artículo 13 de la Constitución Política, son idénticas a las que dieron lugar a conceder el amparo en el asunto resuelto por la Sección Segunda, cuyas consideraciones prohíja esta Sala en el caso concreto, para concluir que el Tribunal demandado debe proferir un nuevo fallo en el cual inaplique por inconstitucional la disposición que excluye como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, el subsidio familiar, como medida de protección del citado derecho fundamental. Como corolario de lo anterior, la Sala revocará el fallo impugnado, y dispondrá la pérdida de efecto parcial de la sentencia de 10 de octubre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho núm. 2012-0254, y se le ordenará que, en su lugar, dentro del término de cuarenta (40) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, profiera una nueva que inaplique por inconstitucional la disposición que excluye como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, el subsidio familiar, conforme a las consideraciones expuestas a lo largo de esta providencia".

El accionante pretende se ordene la inclusión de la doceava (1/12) de la prima de navidad devengada en actividad como partida computable en la liquidación de la pensión de invalidez.

La prima de navidad se ha definido como una prestación social que consiste en el pago que realiza el empleador al servidor en la primera quincena del mes de diciembre en la suma equivalente a un mes del salario que corresponda al cargo desempeñado a treinta de noviembre de cada año.

[43] Sentencia del diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013). Sección Segunda - Subsección "B". C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Exp. AC-11001-03-15-000-201301821-00. Actor: José Narcés López Bermúdez. Accionado: Tribunal Administrativo del Tolima,

La prestación social en el caso de los soldados profesionales fue creada mediante el Decreto 1794 del 2000[44] y desde su creación legal ha venido siendo reconocida y pagada al soldado activo, pero su inclusión como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro le ha sido negada en forma sistemática por las entidades encargadas del reconocimiento de las pensiones, con el argumento que la ley permite su inclusión como partida computable únicamente para los oficiales y suboficiales de la fuerza y que la norma generadora excluye a los soldados profesionales del gozo de ese beneficio.

Frente a las partidas computables para la asignación de retiro, nos permitimos reiterar las consideraciones efectuadas por el honorable Consejo de Estado en sentencia de Unificación SUJ-015-CE-S2-2019[45]

"A continuación, se muestra cómo las partidas computables para el caso de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares son aquellas respecto de las cuales se hicieron los correspondientes aportes:

Artículo 13. Partidas computables para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares	***Artículo 17. Aportes de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.***
La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así: *13.1. Oficiales y suboficiales* *13.1.1 Sueldo básico.* *13.1.2 Prima de actividad.* *13.1.3 Prima de antigüedad.* *13.1.4 Prima de estado mayor.* *13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6o del presente Decreto.* *13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.* *13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro. 13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.* *[…]* *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.*	*Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:* *17.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer sueldo básico, como aporte de afiliación.* *17.2 Sobre las partidas contempladas en el artículo 13 del presente decreto, en lo correspondiente a cada caso, un aporte mensual del cuatro punto setenta y cinco por ciento (4.75%), porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1o de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%). 17.3 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.*

El siguiente cuadro evidencia las diferencias entre los aportes o cotizaciones que realizan a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales de la institución:

Artículo 17. Aportes de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.	***Artículo 18. Aportes de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.***
Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:	*Los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:*

[44] Decreto 1794 del 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.
PARÁGRAFO. 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.
[45] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de fecha 25 de abril de 2019. Radicación: 85001333300220130023 7-01 Ponencia William Hernández Gómez

17.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer sueldo básico, como aporte de afiliación. *17.2 Sobre las partidas contempladas en el artículo 13 del presente decreto, en lo correspondiente a cada caso, un aporte mensual del cuatro punto setenta y cinco por ciento (4.75%), porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1o de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%).* *17.3 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.*	*18.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer salario mensual, como aporte de afiliación.* *18.2 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.* *18.3 Sobre el salario mensual y la prima de antigüedad, un aporte mensual del cuatro punto cinco por ciento (4.5%) hasta el 31 de diciembre de 2004, porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1.° de enero de 2005 y, adicionalmente, otro cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1.° de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%).* *El aporte sobre la prima de antigüedad fijado en el presente numeral se liquidará sobre los porcentajes que se señalan a continuación de acuerdo con el tiempo de servicio así:* *18.3.1 Ciento por ciento (100%) durante los primeros cinco (5) años.* *18.3.2 Ochenta y seis punto tres por ciento (86.3%) durante el sexto (6) año.* *18.3.3 Sesenta y nueve punto uno por ciento (69.1%), durante el séptimo (7) año.* *18.3.4 Cincuenta y siete punto seis por ciento (57.6%), durante el octavo (8) año.* *18.3.5 Cuarenta y nueve punto tres por ciento (49.3%) durante el noveno (9) año.* *18.3.6 Cuarenta y tres punto dos por ciento (43.2%) durante el décimo (10) año.* *18.3.7 El treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante.*

Igualmente, 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.

***140. 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.*

Con fundamento en lo expuesto respecto de las partidas computables para la asignación de retiro de los soldado profesionales, queda claro que la prima de navidad al no estar incluida expresamente en los factores enlistados en el artículo 13 numeral 2 del Decreto 4433 de 2004, así como no haber acreditado que se efectuaron aportes a la Caja de Retiro de las fuerzas militares CREMIL, **frente de la prima de navidad, no es posible acceder a la inclusión de la misma como partida computable** para la liquidación de la pensión de invalidez del actor, .

14. Subsidio familiar

El gobierno expidió el decreto 3770 del 30 de septiembre del 2009 mediante el cual derogó el artículo 11 del decreto 1794 del 2000 mediante el cual se reconocía y pagaba subsidio familiar a los soldados profesionales, sin embargo, en el parágrafo primero del artículo primero estableció que los soldados profesionales que venían percibiendo el subsidio familiar

reconocido en vigencia del articulo derogado continuarían devengándolo hasta el retiro del servicio.

El subsidio familiar le fue reconocido al accionante en vigencia del articulo 11 decreto 1794 del 2000 en consecuencia continuó percibiéndolo luego de la derogatoria de la mencionada norma y hasta la fecha de retiro del servicio por perdida del 100% de su capacidad laboral el 30 de julio del 2015, en un porcentaje del 62.5% del sueldo básico mensual.

El accionante pretende se le reajuste la pensión de invalidez al considerar que se debe liquidar teniendo en cuenta el 95% de la asignación básica establecida en el decreto 4433 del 2004

Al respecto para la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro o pensión de invalidez de los soldados profesionales el gobierno nacional en aplicación de las normas de la ley 923 del 2004, expidió el decreto 1162 del 11 de junio del 2014 en la que expresamente señala:

> ***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*. **Negrilla fuera de texto**

Es evidente que la mencionada norma establece en forma clara el procedimiento y el porcentaje a tener en cuenta para la liquidación del subsidio familiar para las asignación de retiro o pensiones de invalidez de los soldados profesionales, que a 1 de julio del 2014 devengaran el subsidio familiar reconocido en vigencia del decreto 1794 del 2000, indicando que se aplicará un porcentaje del 30% sobre el monto del subsidio que venía devengando el soldado profesional, al momento del retiro y en consecuencia se negará la pretensión incoada.

Sin embargo, el despacho en aplicación del principio constitucional del mínimo vital y móvil y con el objeto de evitar la posible pérdida del valor adquisitivo del subsidio familiar incluido como partida computable en la pensión de invalidez del accionante liquidado sobre el valor devengado en actividad en el año 2015, dispone que, el valor del subsidio familiar se indexe acorde con el índice de precios al consumidor IPC, año tras año a partir del 1 de enero del 2016 y en adelante,

15. De la prescripción

El artículo 174 del decreto 1211 de 1990[46], dispone que los derechos consagrados en ese estatuto prescriben en cuatro (4) años contados a partir de la fecha que hicieron exigibles[47], de acuerdo con las pruebas existentes en el plenario, el Despacho advierte que la Resolución No. **1852** del 4 de mayo del 2016 mediante la cual se le reconoció la pensión de invalidez al demandante, determinó que el derecho se haría efectivo el **30 de julio del 2015** y la petición de reajuste se presentó ante la entidad demandada el **3 de noviembre del 2017**, es decir dentro de los términos legales concedidos para el efecto, por lo cual es dable concluir que

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

[47] Consejo de Estado sala de lo contencioso administrativo sección segunda subsección b sentencia 1498 de 2012. consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila 2 de febrero del 2012 radicación número: 11001-03-15-000-2011-01498-00(ac) actor: Efraín Castañeda Hernández demandado: tribunal administrativo de Cundinamarca

no le ha prescrito el derecho a reclamar el reajuste del 20% del sueldo básico, de los demás emolumentos salariales ni de la pensión de invalidez, razón por la cual, el reconocimiento de los valores que resulten del reajuste deberá hacerse a partir del **3 de noviembre del 2013.**

Además, los valores resultantes del reajuste de la liquidación de dichas sumas serán indexados, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = \frac{Rh \text{ índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de reajustes, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia) por el índice inicial (vigente para la época en que se causaron las sumas adeudadas).

16. Recapitulación

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos en precedencia, se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, ordenándose a la Nación – Ministerio de Defensa incrementar en un 20% el sueldo básico devengado en actividad por el soldado profesional señor **José Delce Tique Aroca,** reliquidar las prestaciones sociales acorde con el incremento del sueldo básico devengado en actividad, en el tiempo comprendido entre el **3 de noviembre del 2013** y el **30 de julio del 2015,** en razón a la prescripción cuatrienal de los derechos laborales causados con anterioridad al 3 de noviembre del 2013 y reliquidar la pensión de invalidez acorde con el incremento del 20% en la asignación básica mensual.

17. Condena en 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.

En el presente caso se observa que las pretensiones de la demanda fueron despachadas parcialmente favorables, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto del 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la entidad demandada en la suma equivalente al cuatro por ciento (4%) de las pretensiones de la demanda.

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. - DECLARAR probada la excepción de prescripción en relación con el pago de los incrementos de la asignación básica mensual del señor **José Delce Tique Aroca** causados con anterioridad al **3 de noviembre del 2013**, de conformidad con lo expuesto**.**

SEGUNDO. - DECLÁRAR la nulidad de los actos administrativos oficio **2017 3172173261** MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1-10 del **5 de diciembre del 2017,** oficio **OFL17-99408** MDNSGDAGPSAP del **17 de noviembre del 2017** y oficio **OFL18-12527** MDNSGDAGPSAP del **14 de febrero del 2018** expedidos por la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, por medio de los cuales, se negó el incremento del 20% en la asignación básica mensual y el reajuste de la pensión de invalidez al señor **José Delce Tique Aroca**, de conformidad con lo expuesto la parte motiva de la sentencia.

TERCERO.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNESE** a la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL** a reconocer y pagar al señor **José Delce Tique Aroca,** identificado con cédula de ciudadanía No. 93.476.735 el reajuste del salario básico devengado en actividad en un veinte por ciento (20%) del salario mínimo legal mensual vigente de cada año de servicio, además de las prestaciones sociales a él reconocidas con igual valor de incremento, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo artículo 1 del decreto 1794 de 2000 desde el 1 de noviembre de 2003, **pero con efectos fiscales entre el 3 de noviembre del 2013** y el **30 de julio del 2015,** sumas éstas que deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta lo expuesto en la parte considerativa de la providencia.

Además, para la liquidación de dichas sumas debe tenerse en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = \frac{Rh\ índice\ Final}{Índice\ Inicial}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de reajustes, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia) por el índice inicial (vigente para la época en que se causaron las sumas adeudadas).

CUARTO. – ORDENAR a la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL** pagar al señor **José Delce Tique Aroca,** identificado con cédula de ciudadanía No. 93.476.735, la diferencia de los valores resultantes entre lo pagado por concepto de asignación básica mensual en actividad y lo dejado de pagar ordenado en el numeral tercero de la presente sentencia.

QUINTO. - CONDÉNESE a la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL** a reliquidar la pensión de invalidez al señor **José Delce Tique Aroca,** identificado con cédula de ciudadanía No. 93.476.735 teniendo en cuenta el incremento del 20% en la asignación básica mensual ordenado en los numerales tercero y cuarto de la presente providencia.

SEXTO: ORDENAR a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL** pagar al señor **José Delce Tique Aroca,** identificado con cédula de ciudadanía No. 93.476.735 la diferencia de los valores resultantes entre lo pagado por concepto de pensión

de invalidez y lo dejado de pagar ordenado en el numeral quinto de la presente sentencia, debidamente indexados.

SÉPTIMO. - ORDENAR que de los valores adeudados resultantes la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL debe descontar los aportes de ley.

OCTAVO. - CONDENAR en costas a la entidad demandada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del C.G.P, para lo cual se fija suma equivalente al cuatro por ciento (4%) de las pretensiones de la demanda como agencias en derecho

NOVENO. - NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

DÉCIMO. - La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A

DÉCIMO PRIMERO. - 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.

DÉCIMO SEGUNDO. - En firme este fallo, efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento y expídanse copias con destino y a costa de las partes con las precisiones del artículo 114 del C.G.P. las que serán entregadas a los apoderados judiciales que han venido actuando.

DÉCIMO TERCERO. - Liquídense los gastos del proceso, si hubiere remanentes devuélvanse a la parte demandante.

DÉCIMO CUARTO. - Por secretaría efectúense las anotaciones de rigor en el sistema Siglo XXI y en firme la sentencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS MANUEL GUZMÁN
Juez

Firmado Por:

Luis Manuel Guzman
Juez Circuito
10
Juzgado Administrativo
Tolima - Ibague

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:
bf797672379e7694065519da07b53b55bbfcdc171ab82d038e7d79bd9306555b
Documento generado en 26/08/2021 10:41:02 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica