



Rama Judicial

República de Colombia

## Juzgado Once Administrativo del Circuito de Ibagué

Ibagué, tres (3) de junio de dos mil veintidós (2022)

**MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

**TEMA: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE INVALIDEZ**

**DEMANDANTE: GABRIEL ENRIQUE SILVA DÍAZ**

**DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**

**RADICADO: 73001-33-33-011-2018-00212**

Como el proceso se ha rituado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que pueda invalidar lo actuado, procede el Despacho a proferir la sentencia que en derecho corresponda, dentro del presente medio de control presentado por el señor Gabriel Enrique Silva Díaz en contra de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. La Demanda (Fols. 45 a 61<sup>1</sup>)

##### 1.1. Pretensiones (Fol. 45 a 46<sup>2</sup>)

#### Declaraciones:

1. *Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto configurado por el silencio administrativo relacionado con el derecho de petición presentado el día 12 de junio de 2017 y reiterado con memorial presentado el 30 de enero de 2018, en virtud del cual se solicitó el reajuste de la pensión de invalidez que actualmente devenga el demandante por el concepto del 20% a partir del 1º de noviembre de 2003, junto con la inclusión tanto del subsidio familiar como la duodécima parte de la prima de navidad.*

#### Condenas:

1. *Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, disponga el reajuste de salarios, prestaciones sociales y de la pensión de invalidez a favor del señor EDWIN ESTUPIÑAN SANCHÉZ, con fundamento en las siguientes causales, las cuales sustento más adelante:*

<sup>1</sup> Visto en el anexo 1 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

<sup>2</sup> Visto en el anexo 1 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

- 1.1. *Reajuste por falta de aplicación de lo establecido en el párrafo segundo del artículo 1º del Decreto 1794 del 14 de septiembre de 2000, ya que se está tomando el salario mínimo legal vigente incrementado solo en un 40%, cuando la norma establece que para los soldados que a 31 de diciembre de 2000 ostentaban la calidad de voluntarios, como es el caso del demandante, la asignación salarial mensual se debe liquidar con base en el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.*
- 1.2. *Reajuste por violación del derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Nacional, al dejar de incluir la duodécima parte de la prima de navidad, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha de retiro, como partida computable para la pensión por invalidez de los soldados profesionales, cuando a todos los demás miembros de las fuerzas militares, tanto civiles como militares, se les tiene en cuenta en la liquidación respectiva.*
- 1.3. *Reajuste por violación del derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Nacional, al dejar de incluir el subsidio familiar como partida computable para la pensión por invalidez de los soldados profesionales, cuando a todos los demás miembros del Ministerio de Defensa Nacional así como de las fuerzas militares, tanto civiles como militares, se les tiene en cuenta como factor en la liquidación de la asignación de retiro.*
2. *Que se disponga el pago del REAJUSTE del retroactivo pensional desde la fecha de reconocimiento de la pensión por invalidez y hasta su inclusión en nómina de pagos.*
3. *Que se disponga el pago de la indexación sobre todos los valores adeudados a mi representado.*
4. *Que se disponga el pago de los intereses de mora sobre todos los valores adeudados a mi representado.*
5. *Que se condene en COSTAS a la entidad demandada.*

## **1.2. Hechos (Fols. 46 a 54<sup>3</sup>)**

La apoderada judicial del demandante expuso los siguientes hechos:

1. Refiere que el accionante ingresó como soldado regular al ejército nacional el 8 de enero de 1997, vinculándose como soldado voluntario el 20 de junio de 1999 y, posteriormente, como soldado profesional el 1º de noviembre de 2003.
2. Manifiesta que el actor estuvo vinculado con el ejército nacional hasta el 10 de octubre de 2009 y que mediante Resolución No. 2239 del 21 de junio de 2010 le fue reconocida pensión de invalidez.
3. Indica que presentó solicitud de reajuste de la pensión el 12 de junio de 2017, respecto de la cual no le fue dada respuesta alguna, por lo que el 30 de enero de 2018 pidió que se le diera respuesta a su petitorio, sin obtenerse pronunciamiento sobre la misma.
4. Destacó que, pese a que fue cambiada su denominación de soldado voluntario a soldado profesional, siguió cumpliendo con las mismas funciones que desempeñaba como voluntario y que, por tener la calidad de soldado con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, se hizo acreedor del derecho a devengar un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

---

<sup>3</sup> Visto en el anexo 1 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

5. Puso de presente que como soldado voluntario devengaba un salario mínimo aumentado en un 60%, pero una vez pasó a ser catalogado soldado profesional, su salario disminuyó en un 20%, lo que era contrario a la normatividad existente sobre el tema, situación que incidió al momento de reconocérsele la pensión por invalidez, habiendo lugar a que se reajuste el monto de su pensión de invalidez y las prestaciones sociales que devengó desde el 1º de noviembre de 2003 hasta la fecha en que se produjo el retiro definitivo de la institución.

6. De otro lado, mencionó que los soldados profesionales tienen desigualdad de condiciones respecto de los oficiales y suboficiales, por cuanto, a estos últimos se les incluye como partida computable para la asignación de retiro la duodécima parte de la prima de navidad pero a los primeros no se les reconoce esta, situación igual que sucede respecto del subsidio familiar en el porcentaje que se encuentra reconocido a la fecha de retiro, sosteniendo que esto, además de desigual, resulta en un retroceso, inobservándose el principio de la no regresividad en materia de derechos prestacionales.

### **1.3. Normas Violadas y concepto de la violación (Fols. 54 a 59<sup>4</sup>)**

Señaló como normas violadas por la entidad demandada los artículos 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política, los artículos 206 a 214 del Código Contencioso Administrativo, el artículo 10 de la Ley 4 de 1992 y los Decretos 1793 de 2000, 1794 de 2000, 1161 de 2014, 1162 de 2014 y 4433 de 2004.

Refirió que las normas relacionadas fueron trasgredidas por la parte demandada al efectuar la liquidación de la pensión de invalidez de los soldados profesionales de manera equivocada y desigual, por cuanto la normatividad de rango legal era clara respecto al monto de la asignación salarial a la que tenía derecho el actor durante su vinculación con el ejército nacional y sobre el salario básico que debió percibir.

Destacó que el demandante ingresó al ejército nacional como soldado regular entre 1989 a 1991, laborando como soldado voluntario, de manera que su relación estuvo regulada por la Ley 131 de 1985, y que desde el 01 de noviembre de 2003 fue designado como soldado profesional, razón por la que su situación correspondía a la indicada en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, por lo que, antes de su retiro, debió percibir un salario mínimo legal mensual vigente aumentado en un 60% y, con base en ese salario, se determinaría el monto de su pensión de invalidez, siendo a todas luces ilógico e ilegal liquidar dicha prestación sobre un salario inferior y que no le correspondía devengar.

Sobre el reajuste del subsidio familiar no reconocido y a la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad, arguyó que para la liquidación de la pensión de invalidez de todos los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía, al igual que del personal civil del Ministerio de Defensa, se tenía en cuenta tal subsidio y la referida duodécima, pero que no se consideraba esa partida para los soldados profesionales, quienes se encontraban en situación de desigualdad frente a los mencionados, a lo que se suma que les tocaba soportar los padecimientos de la guerra.

De igual manera, concluye que se trasgreden los derechos a recibir una remuneración mínima, vital, móvil y a que se respeten los derechos que han adquirido y sostiene que los mandatos constitucionales y las leyes reconocen a la Constitución como norma superior, otorgándole mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico, y que el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 era inconstitucional, razón por la cual debía ser inaplicable para así reconocer la inclusión de la duodécima parte de la prima

---

<sup>4</sup> Visto en el anexo 1 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

de navidad y el reajuste al subsidio familiar como partida computable en la pensión de invalidez del demandante.

#### **1.4. Contestación de la demanda**

La misma no fue presentada dentro del término oportuno, motivo por el cual se tuvo por no contestada la demanda.

## **II. TRÁMITE PROCESAL**

La demanda que ocupa fue presentada el 8 de mayo de 2018 ante la Oficina de Reparto<sup>5</sup>, correspondiéndole el conocimiento del asunto a este Juzgado. La misma fue admitida a través de auto del 24 de agosto de 2018<sup>6</sup>, donde se ordenó la notificación a la entidad demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Posteriormente, por medio de auto calendado del 10 de agosto de 2021<sup>7</sup>, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la entidad demandada, se tuvieron como pruebas las allegadas con la demanda y el expediente administrativo allegado por la demandada, se fijó el litigio y se determinó por el Despacho que se procedería a dictar sentencia anticipada, previo traslado a las partes para que rindieran sus alegatos finales por escrito y el Ministerio Público rindiera concepto si así lo consideraba.

El expediente entró al despacho para fallo el día 20 de septiembre de 2021.

#### **2.2. Alegatos de conclusión**

##### **2.2.1. Parte demandada<sup>8</sup>**

La parte demandada presentó sus alegatos de conclusión, en los siguientes términos:

La apoderada de la entidad demandada indicó que el problema jurídico estaba dirigido a establecer la legalidad, y en consecuencia si hay lugar a declarar la nulidad, del acto administrativo que negó la reliquidación de la pensión de invalidez del actor, teniendo como base para liquidarla asignación básica incrementada en un 60% e incluyendo el subsidio familiar y la duodécima parte de la prima de navidad.

Se opuso a todas pretensiones incoadas en la demanda por considerar que son carentes de fundamentos tanto fácticos como jurídicos, debiendo los hechos en que se alega el vicio del acto atacado ser probados en el proceso, advirtiendo que el referido acto no estaba viciado de nulidad alguna.

Expresó que los soldados voluntarios que fueron promovidos a profesionales tuvieron una mejora salarial toda vez que ya no recibían una bonificación sino un salario con prestaciones sociales, y por entrar a un nuevo régimen, se beneficiaban de el en todos los aspectos como lo era el porcentaje del sueldo básico, de manera que el actor estaba interpretando incorrectamente el Decreto 1794 de 2000, debido a que el incremento del 60% en el salario era únicamente para los soldados que continuaban como soldados voluntarios.

---

<sup>5</sup> Visto en el Fol. 3 del anexo 1 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

<sup>6</sup> Visto a Fols. 64 y 65 del anexo 1 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

<sup>7</sup> Visto en el anexo 2 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

<sup>8</sup> Visto en el anexo 6 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

De otro lado, alegó que el demandante no interpuso en su momento las acciones a que había lugar en el evento en que estuviera inconforme con el salario que le fue asignado y que aún devengaba.

En cuanto a los hechos expuestos en el libelo de la demanda, manifestó que no había discusión sobre los actos administrativos que habían sido expedidos por la entidad demandada, en cuanto que habían sido dictados por las autoridades competentes y con fundamento en la normatividad vigente, a lo que se sumaba que se presumía su legalidad.

Señala que las interpretaciones de las normas y leyes efectuadas por la parte actora eran apreciaciones de tipo subjetivo, poniendo de presente que la situación pensional del demandante ya fue definida, para cuya liquidación se tuvieron en cuenta los conceptos que contemplaba la ley, correspondientes a los soldados profesionales del ejército nacional, esto es el salario mensual en cuantía de \$695.660 y la prima de antigüedad por valor de \$175.807, para un total de \$871.467.

Mencionó que no había oposición en cuanto a lo dicho por el actor respecto a lo devengado y refirió que la liquidación de la pensión de invalidez del mismo se efectuó en observancia del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, el cual determina las partidas que son computables para realizar la mentada liquidación del personal de las fuerzas militares, siendo el régimen prestacional de este un régimen especial.

Por lo tanto, colige que no se debía acceder a la pretensión del incremento del 20% en el salario desde el 01 de noviembre de 2003 hasta la fecha del retiro del servicio por no tener derecho el demandante al mismo, así como tampoco se estaba bajo la vulneración de derechos adquiridos, ni tenía derecho al reconocimiento y pago del subsidio familiar en la pensión de invalidez que actualmente devenga.

Adicionalmente, manifestó que no se demostró por la parte demandante la violación en que se había incurrido por la parte demandada con relación a los preceptos constitucionales y legales esbozados en el acápite de disposiciones violadas y concepto de violación, por lo que solicitó que fueran negadas las pretensiones incoadas, afirmando que no existían vicios en el procedimiento de expedición del acto demandado, sino que, en cambio, gozaba de presunción de legalidad, pidiendo que se conservara integralmente.

### **2.2.2. Parte demandante<sup>9</sup>**

Precisa que lo que se busca con la demanda incoada es la declaración de nulidad del acto administrativo acusado, para de esta manera ordenar a la entidad accionada que proceda a reajustar la base de la pensión de invalidez del demandante tomando el salario incrementado en el 60% y, que adicionalmente se reconozca el subsidio familiar y la prima de navidad en la mencionada prestación.

Destacó que fue acreditado en el proceso, sin discusión por la demandada, que el actor estuvo vinculado al Ejército Nacional, en donde se desempeñó como soldado voluntario, ostentando tal calidad el 31 de diciembre de 2000, que fue designado como soldado profesional desde el 01 de noviembre de 2003 y que se estableció por parte de la Junta Médica Laboral No. 3861 del 27 de agosto de 2009 una pérdida de capacidad laboral del 58.46%, lo que conllevó a que le fuera reconocida pensión de invalidez a través de la resolución No. 2239 del 21 de junio de 2010.

Reiteró que al actor le era aplicable lo preceptuado en el parágrafo primero del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, con relación a la asignación salarial mensual a que tenía

---

<sup>9</sup> Visto en el anexo 8 del Cuaderno Principal en el Expediente Digital.

derecho, esto es el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, no obstante ello, una vez pasó a ser soldado profesional, su salario fue desmejorado, disminuyendo en un 20%, siendo esto contrario al ordenamiento jurídico, lo cual había afectado el monto de su asignación de retiro.

Para soportar lo anterior, trajo a colación la sentencia de unificación del Consejo de Estado proferida el 25 de agosto de 2016, consejera ponente Dr. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicado CE-SUJ2 85001333300220130006001, en donde se fijó como regla jurisprudencial que, atendiendo a lo establecido en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 la asignación salarial mensual de quienes fungían como soldados profesionales y que a 31 de diciembre de 2000 eran soldados voluntarios, era de un salario mínimo legal mensual vigente aumentado en un 60%.

Insistió en la trasgresión del derecho a la igualdad por no incluirse el subsidio familiar como partida computable para liquidar la pensión de vejez de quienes ostentaban la calidad de soldados profesionales, mientras que al resto de personal de las fuerzas militares les era reconocida la misma, habiendo lugar a incluirse la partida en aplicación de la premisa de excepción de inconstitucionalidad, por apartarse el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 de los artículos 13 y 53 de la Constitución, encontrándose los soldados profesionales en una desigualdad de condiciones respecto de los oficiales y suboficiales del Ejército, miembros de la Policía Nacional y personal civil del Ministerio de Defensa.

Manifestó que judicialmente se ha reconocido la inclusión del subsidio familiar como partida computable para determinar la pensión de invalidez, nombrando como jurisprudencia aplicable sentencia de tutela dictada el 17 de octubre de 2013 por el Consejo de Estado, con ponente de la consejera Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, la sentencia fechada del 07 de noviembre de 2013 del Tribunal Administrativo de Sucre, magistrado ponente Dr. Rufo Arturo Carvajal Argoty, y sentencia del 10 de octubre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En cuanto a la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad en la pensión de invalidez, expuso que, igualmente, se configuraba una vulneración al derecho fundamental a la igualdad, adicional a los padecimientos que han tenido que sufrir quienes se desempeñan como soldados profesionales.

Resaltó que mientras que a los oficiales y suboficiales se les computaban ocho partidas en la asignación de retiro, a los soldados profesionales solo les era computada una partida, materializándose así un trato diferencial y desigualdad entre aquéllos y éstos, desmejorándose su asignación de retiro después de estar más de 20 años en servicio, adicional a que la prima de navidad fue concebida para los soldados profesionales en su régimen salarial en el Decreto 1794 de 2000, pero que esta no se concibió como partida para liquidar la asignación de retiro como sí sucedía con los oficiales y suboficiales.

Por último, indicó que la parte demandada justificaba el trato desigual en el entendido de que los oficiales y suboficiales contaban con una preparación y estudio más alta que los soldados profesionales, pero se desconocía lo que tenían que enfrentar los soldados profesionales y que por ser éstos sujetos de protección especial, en el evento de haber un trato diferenciado, este debía ser positivo y no negativo como pretendía la norma acusada, haciendo mención de la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fecha 26 de abril de 2018, con ponencia del magistrado Cerveleón Padilla Linares, radicación 11001-33-42-051-2017-00178-01.

### III. CONSIDERACIONES

#### 3.1. Problema jurídico

¿Se encuentra afectado de nulidad el acto ficto o presunto acusado que dio respuesta negativa a la solicitud presentada el 12 de junio de 2017 sobre el reajuste de la pensión de invalidez del demandante por concepto del 20% adicional en la asignación mensual, y la inclusión del subsidio familiar y de la duodécima parte de la prima de navidad, y, en consecuencia, le asiste derecho al accionante a que le sea reconocido y pagado el referido reajuste con las partidas cuya inclusión se pide?

#### 3.2. Tesis

De conformidad a lo establecido en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, el demandante tiene derecho a que se reajuste su pensión de invalidez teniendo como asignación salarial de liquidación de la prestación el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

Con relación a la inclusión en la pensión de invalidez de las partidas de subsidio familiar y duodécima parte de la prima de navidad, no se accederá a ello, por cuanto estas no fueron contempladas para ser computables para los soldados profesionales, ni se tiene derecho a las mismas.

#### 3.3. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019<sup>10</sup>

El Consejo de Estado con el ánimo de zanjar la controversia que se presentaba respecto de la interpretación y alcance del régimen prestacional de los soldados profesionales de las fuerzas militares y que habían ingresado como soldados voluntarios, en lo concerniente a la asignación básica para liquidar las asignaciones de retiro, así como para determinar las partidas computables para determinar dicha prestación, profirió el 25 de agosto de 2019 la sentencia de unificación jurisprudencia CE-SUJ2-015-19, providencia en donde se determinaron las siguientes reglas y posiciones:

*“253. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en el tema puesto a consideración:*

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

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

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

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

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019, C.P. William Hernández Gómez, radicado No. 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16)CE-SUJ2-015-19.

2. Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30%<sup>182</sup> para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000<sup>183</sup> y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

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

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

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

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

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

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

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

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

8. Esta sentencia no es constitutiva del derecho por lo que las reclamaciones que se hagan con fundamento en ella quedarán sujetas a las reglas de prescripción.”

La Corporación al efectuar el correspondiente análisis del caso objeto de decisión en esa oportunidad, determinó que, en lo concerniente a la asignación sobre la cual debía liquidarse la asignación de retiro de quienes estaban vinculados como soldados voluntarios al 31 de diciembre de 2000 a las fuerzas militares y que pasaron a incorporarse como soldados profesionales, era el salario mínimo incrementado en un 60%, bajo los siguientes argumentos:

*“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<sup>159</sup>, 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<sup>160</sup> 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<sup>161</sup> y sus fines<sup>162</sup>.*

*218. En este sentido se retoman las consideraciones expuestas por esta Corporación en la sentencia del 8 de junio de 2017<sup>163</sup>, 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.”*

Ahora bien, en lo concerniente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro, el máximo órgano de lo contencioso administrativo manifestó que:

“185. Las normas en comento llevan a concluir que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004<sup>141</sup>, para incluir el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales, de manera que, a partir de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, las partidas computables son las siguientes:

- Salario mensual: en los términos del artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, esto es,

- Prima de antigüedad: en porcentaje del 38.5%, según lo previsto por el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

- Subsidio familiar en porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009<sup>142</sup>, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida<sup>143</sup>.

186. Es de anotar que si bien con ocasión del Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, fue tan solo hasta la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 que tal partida se consagró como computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues con anterioridad a dicha fecha no existía disposición legal que así la contemplara.

187. En conclusión, Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30%<sup>144</sup> para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000<sup>145</sup> y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

(...)

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:

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<sup>157</sup> a lo que se agrega el principio formal de la libertad de configuración del legislador o en este caso el ejecutivo para regular la materia, tal y como antes se analizó, de manera que el trato en el plano jurídico de la asignación de retiro que se otorga a los soldados profesionales antes de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 no resulta arbitrario ni injustificado.*

*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.”*

Finalmente, en cuanto a la inclusión en la asignación de retiro de la duodécima parte de la prima de navidad, el Consejo Estado fue determinante en indicar que solamente serían partidas computables para su liquidación, aquéllas sobre las cuales se hubieren efectuado los respectivos aportes o cotizaciones, resaltando que las partidas concebidas para los oficiales y suboficiales eran distintas de las de los soldados profesionales, coligiendo con relación a las partidas a considerarse para liquidar la asignación de retiro que:

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

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

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

Si bien la anterior sentencia de unificación hizo referencia al régimen prestacional de la asignación de retiro de los soldados profesionales, sus efectos, en cuanto que sentó reglas al respecto, se han acogido a lo referente a la pensión de invalidez, puesto que las mismas normas que regulan la asignación de retiro son las que consagran lo referente a la pensión de invalidez, ya que son prestaciones encaminadas a la protección de la persona que ha prestado sus servicios al Estado y que por distintos motivos (edad o enfermedad) se separaron del mismo:

*“3.6.2 El Subsidio Familiar como partida computable dentro de la pensión por invalidez*

*El Consejo de Estado ha señalado que la exclusión del subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensiones de los soldados profesionales, constituye un trato diferenciado sin justificación razonable que redundaría en una flagrante violación del principio de igualdad. Más aún si se tiene en cuenta que la finalidad del subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo en consideración a sus ingresos, siendo desproporcionado que se haya previsto dicha partida para los Oficiales y Suboficiales que se encuentran un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales.*

(...)

*Así mismo, en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 se fijó como subregla de unificación la siguiente:*

*“Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30%<sup>28</sup> para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000<sup>29</sup> y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida”*

*Por lo tanto, como el demandante devengó el subsidio familiar conforme al Decreto 1161 de 2014 y la entidad en el acto de reconocimiento tuvo en cuenta el 70%, se advierte que la prestación se encuentra acorde con lo establecido, por lo que no hay lugar a la reliquidación de dicha partida, por tanto, será del caso revocar la decisión adoptada por la autoridad de primera instancia, en el sentido de negar a las pretensiones de la demanda en relación con el reajuste del subsidio familiar.*

(...)

*De conformidad con lo anteriormente expuesto, es del caso revocar la decisión adoptada por la autoridad de primera instancia, y en su lugar, negar las pretensiones de la demanda en relación con la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro y/o pensión, acogiendo los planteamientos efectuados, máxime que la misma posición fue unificada recientemente en providencia del Consejo de Estado,<sup>35</sup> en el sentido de indicar que las partidas computables son únicamente enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 y el ajuste del subsidio familiar, pues la entidad lo reconoció como lo señala el Decreto 1161 de 2014.”<sup>31</sup>*

### **3.4. Caso concreto**

Revisada la foliatura, se advierte que se encuentran probados los siguientes supuestos de hecho relevantes para la decisión a tomar:

1. Que el demandante presentó derecho de petición dirigido a la Coordinación Grupo Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional el 12 de junio de 2017, relacionado con los hechos expuestos en el libelo de la demanda (Fols. 6 a 11 del anexo No. 1 del expediente digital).
2. Que mediante oficio radicado el 30 de enero de 2018, dirigido a la Dirección Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, el actor, por medio de su apoderada, requirió respuesta al derecho de petición relacionado en el numeral anterior (Fol. 12 del anexo No. 1 del expediente digital).

---

<sup>31</sup> Tribunal Administrativo del Huila, sentencia del 02 de abril de 2020, M.P. BEATRIZ TERESA GALVIZ BUSTOS, Rad. 410013333002-2018-00229-01.

3. Que mediante acta de Tribunal médico laboral de revisión militar y de policía No. 3861 (06) registrada a folio No. 355 de fecha 27 de agosto de 2009, se determinó que el actor presentaba una disminución de la capacidad laboral en un 58.46%, indicándose que presentaba una incapacidad permanente y parcial y, por tanto, no era apto para el servicio (Fols. 14 a 17 del anexo No. 1 del expediente digital).

4. Que a través de la Resolución No. 2239 del 21 de junio de 2010, el Ministerio de Defensa Nacional reconoció y ordenó el pago al demandante de pensión mensual de invalidez, en cuantía de \$496.900, que correspondía al salario mínimo legal mensual vigente de esa fecha, a partir del 10 de octubre de 2009 (Fols. 24 a 25 del anexo No. 1 del expediente digital).

5. Que el demandante se incorporó al servicio militar el 30 de enero de 1997 hasta el 31 de julio de 1998, pasó a ser soldado voluntario del 25 de julio de 1999 hasta el 31 de octubre de 2003 y fue vinculado como soldado profesional desde el 20 de octubre de 2003 hasta el 10 de octubre de 2009 (Fol. 24 a 27 del anexo No. 1 del expediente digital).

6. Que en el último mes laborado, esto es octubre de 2009, devengó los haberes de SUEL\_BASICO, SUBFAMILIAR, PRSOLVOL Y SEGVIDSUBS (Fols. 25 del anexo No. 1 del expediente digital).

7. Que al momento de liquidarse la pensión de invalidez del demandante su tuvo en cuenta el salario mínimo aumentado en un 40% y la prima de antigüedad, siendo liquidada tal prestación en el 50%. (Fol. 161 del anexo No. 1 del expediente digital).

Los documentos aportados en copia gozan de autenticidad por ser emanados de la administración, a lo que se agrega que los mismos no fueron objeto de tacha por la contraparte.

### **3.5. Conclusión**

#### **3.5.1. Reajuste de la pensión de invalidez con el salario mínimo incrementado en un 60%**

Ahora bien, como punto de partida se abordará lo relativo a la asignación para liquidarse la pensión de invalidez de los miembros de las fuerzas militares, para lo cual se trae a colación lo preceptuado en el artículo 32 del Decreto 4433 de 2004, que dispone:

*“ARTÍCULO 32. Reconocimiento y liquidación de la incapacidad permanente parcial en combate o actos meritorios del servicio. El personal de Oficiales, Suboficiales y Soldados de las Fuerzas Militares, y de Oficiales, Suboficiales, Miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, que adquieran una incapacidad permanente parcial igual o superior al cincuenta por ciento (50%) e inferior al setenta y cinco por ciento (75%) ocurrida en combate, o actos meritorios del servicio, o por acción directa del enemigo, o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional, o en accidente ocurrido durante la ejecución de un acto propio del servicio, tendrá derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio y 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, equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas dispuestas en el presente decreto, siempre y cuando exista declaración médica de no aptitud para el servicio y no tenga derecho a la asignación de retiro.”*

Atendiendo a la anterior norma, el Ministerio de Defensa Nacional reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual de invalidez a favor del aquí demandante en cuantía equivalente al 50% en razón al porcentaje de disminución de la capacidad laboral, determinada en un 58.46%.

Respecto de las partidas a las que se refiere el artículo transcrito para el reconocimiento de la pensión de invalidez, el artículo 13 del mismo Decreto, determinó las partidas computables para la pensión de vejez, en los siguientes términos:

*“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.”* (Negrilla fuera del texto original)

Así las cosas, y observando igualmente lo establecido en la sentencia de unificación CE-SUJ2-015-19 del 25 de abril de 2019 previamente referida, la asignación mensual a la que hace alusión el numeral 13.2 del apartado normativo transcrito es la contemplada en el artículo primero del Decreto 1794 de 2000, que señala:

*“Artículo 1. Asignación salarial mensual. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.*

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).”*

Frente al porcentaje de incremento en el salario mínimo que devengan los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 eran soldados voluntarios, lo cual es uno de los aspectos que se debaten en el presente asunto, es pertinente poner de presente que, tal como fue acreditado por la parte demandante, éste se encuentra cobijado en el supuesto de hecho contemplado en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, puesto que a 31 de diciembre de 2000, se encontraba vinculado como soldado voluntario, pasando a ostentar la calidad de soldado profesional desde el 20 de octubre de 2003.

Así las cosas, hay lugar al reajuste de la pensión de invalidez del señor Gabriel Enrique Silva Díaz, tomando el salario mínimo que devengaba en el respectivo año incrementado en un 60%, desde el 10 de octubre de 2009, siendo esta la fecha a partir de la cual se reconoció tal prestación al actor.

### **3.5.2. Inclusión de las partidas de subsidio familiar y duodécima parte de la prima de navidad en la pensión de invalidez.**

En primer lugar, sobre el subsidio familiar, es de advertirse que, como se indicó en líneas anteriores, según lo dispuesto en la sentencia de unificación CE-SUJ2-015-19 del 25 de abril de 2019, creado y previsto para los soldados profesionales mediante el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, se consagraba en esta:

*“Artículo 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”*

Tal artículo fue posteriormente derogado por medio del Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, siendo declarado nulo el 08 de junio de 2017 por el Consejo de Estado, trayendo nuevamente a la vida jurídica el artículo 11 del Decreto 1194 de 2000.

De otro lado, con los Decretos 1161 y 1162 de 2014 se incluyó como partida computable en la asignación de retiro y la pensión de invalidez de los soldados profesionales el subsidio en comento, en los siguientes términos:

Artículo 5 Decreto 1161 de 2014:

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

Artículo 1 Decreto 1161 de 2014:

*“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.”*

Atendiendo las normas transcritas, y ante las diversas posiciones que se estaban presentando sobre la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la pensión de invalidez, el Consejo de Estado dirimió la controversia, determinando que *“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.”*

Por lo mencionado, en razón a que la pensión de invalidez del actor le fue reconocida el 21 de junio de 2010, esto es con anterioridad al mes de julio del año 2014, el subsidio familiar solicitado no es partida computable para la liquidación de su pensión, por lo que se negará esta pretensión.

Finalmente, sobre la duodécima parte de la prima de navidad, en la sentencia de unificación previamente relacionada, se precisó que:

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

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

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

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

En virtud de lo anterior, solamente serán computables las partidas respecto de las cuales se hayan efectuado los respectivos aportes, atendiendo al principio de sostenibilidad fiscal, y las cuales haya establecido expresamente el legislador para tal efecto, siendo estas el salario mensual y la prima de antigüedad para los soldados profesionales, no habiendo lugar a reconocer la duodécima indicada como partida computable para la liquidación de la pensión de vejez del demandante.

El asunto alegado por el actor sobre la violación al derecho fundamental a la igualdad de los soldados profesionales con relación al régimen prestacional de los oficiales y suboficiales, también fue abordado en la sentencia de unificación mencionada, frente a lo que la Corporación expresó que no se observaba un trato desigual ni discriminatorio, sino que las diferencias radicaban en la categoría militar de los mismos y la progresividad de las normas, de manera que había una justificación constitucional para ello:

“147. 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.

(...)

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:

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<sup>157</sup> a lo que se agrega el principio formal de la libertad de configuración del legislador o en este caso el ejecutivo para regular la materia, tal y como antes se analizó, de manera que el trato en el plano jurídico de la asignación de retiro que se otorga a los soldados profesionales antes de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 no resulta arbitrario ni injustificado.

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.”*

En conclusión, se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda, ordenando el reajuste de la pensión de vejez con base en el salario mínimo aumentado en un 60%, con fundamento en la calidad de soldado voluntario que tenía el actor a 31 de diciembre de 2000, pasando posteriormente a ser soldado profesional, y se negará lo relativo a la inclusión de las partidas de subsidio familiar y la duodécima parte de la prima de navidad por el actor no tener derecho a ellas como partidas computables para la liquidación de la pensión de invalidez.

De otro lado, teniendo en cuenta que se demanda la nulidad de un acto ficto o presunto por la no respuesta a la solicitud presentada por la actora el 12 de junio de 2017, se declarará la existencia del acto ficto o presunto como respuesta negativa a la misma.

### **3.6 Prescripción**

De acuerdo al artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, se estableció:

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

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

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

Teniendo en cuenta que la demandante presentó ante la entidad solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación, el día 12 de junio de 2017 (Fls. 6 a 11 del anexo No. 1 del expediente digital), se tomará desde el 12 de junio de 2014 para determinarla y en consecuencia se declarará probada de oficio la excepción de prescripción del reajuste de las mesadas causadas con anterioridad al 12 de junio de 2014.

Así mismo, se dispondrá el pago de lo pretendido por la parte demandante respecto del índice de precios al consumidor, tal como lo autoriza el artículo 187 del CPACA mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{IPC \text{ FINAL}}{IPC \text{ INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor de la diferencia entre el reajuste ordenado en este fallo y las mesadas pensionales efectivamente pagadas a la parte demandante, por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al mes anterior a la ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada asignación salarial.

De igual forma se ordenará dar cumplimiento al fallo de conformidad con los artículos 192 y 195 del CPACA.

### **3.7. Descuento de aportes**

De conformidad con la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, sobre el reajuste salarial del 20% que se ordena a favor del demandante, 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 y que no se hubieren efectuado durante el servicio activo.

### **3.8. Con relación a la condena en costas**

Teniendo en cuenta la sentencia del 16 de abril de 2015 de la sección primera del Consejo de Estado<sup>12</sup> en el cual se manifiesta que la condena en costas no es objetiva y que de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre las costas y que debe establecerse si es o no procedente dicha condena.

En este orden de ideas, el numeral 1º del artículo 365 C.G.P. establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. Es así como el numeral 8º del artículo antes mencionado establece que habrá costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Por lo tanto, las agencias en derecho hacen parte de las costas, pero debe tenerse en cuenta que de conformidad con los numerales 3º y 4º del artículo 366 C.G.P. Las agencias serán fijadas por el Magistrado Sustanciador o el Juez y deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura.

Descendiendo al caso que nos ocupa, se observa que la apoderada de la parte demandante presentó demanda (Fols. 45 a 61 del anexo No. 1 del expediente digital), y presentó alegatos de conclusión (Anexo No. 8 del expediente digital), causándose así agencias en derecho.

Por consiguiente, el despacho condenará en costas a la parte demandada, en tanto resultó vencida en la presente instancia, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.213.393 equivalente al 4% de las pretensiones (Fol. 15 del anexo No. 1 del expediente digital), de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Se ordenará que la Secretaría efectúe la correspondiente liquidación, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO.** Declarar probada de oficio la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 12 de junio de 2014, por lo referido en precedencia.

---

<sup>12</sup> C.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala. Expediente No 25000 23 24 000 2012 00446 00.

**SEGUNDO.** Declarar la existencia del acto ficto o presunto por la no respuesta a la petición presentada por el demandante el 12 de junio de 2017 ante la entidad demandada.

**TERCERO: DECLÁRASE LA NULIDAD PARCIAL** del acto ficto o presunto emanado por la Nación - Ministerio de Defensa Nacional, como respuesta negativa a la petición presentada el 12 de junio de 2017, de reajuste de la pensión de invalidez del actor, por no liquidar el factor del salario básico, de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo primero del decreto 1794 de 2000 y de acuerdo a las razones anotadas en el presente proveído.

**CUARTO:** Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, se condena a la Nación -Ministerio de Defensa Nacional, a reliquidar la pensión de invalidez del señor Gabriel Enrique Silva Díaz, identificado con cédula de ciudadanía 51.727.844 de Bogotá, a partir del 12 de junio de 2014 hasta la fecha de inclusión en nómina, tomando como salario básico el establecido en el inciso segundo del artículo primero del decreto 1794 de 2000, es decir, el salario mínimo legal incrementado en un 60%.

**QUINTO:** La Nación - Ministerio De Defensa Nacional pagará al demandante las diferencias que se generen entre la reliquidación ordenada y las mesadas pensionales efectivamente pagadas al actor desde el 12 de junio de 2014 hasta la fecha de inclusión en nómina.

**SEXTO:** Condénase a la entidad demandada a que, sobre las sumas a pagar, liquide y pague el reajuste de su valor, conforme al índice de precios al consumidor, con la aplicación de la fórmula reseñada en la parte motiva de este fallo y con las precisiones efectuadas sobre dicha fórmula.

**SÉPTIMO:** Dar cumplimiento a esta sentencia, en los términos previstos en el artículo 192 y 195 del CPACA.

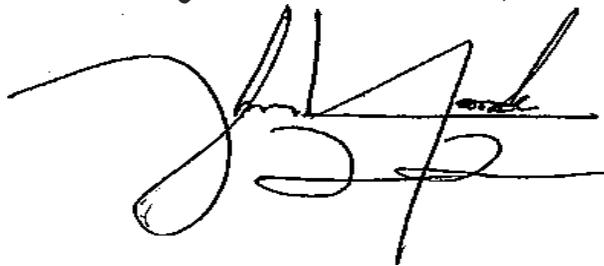
**OCTAVO:** En caso que no se hubiesen efectuado aportes sobre el factor que se ordena reconocer, éstos se descontarán de la condena por parte de la entidad demandada a la parte demandante en los términos establecidos en las consideraciones.

**NOVENO:** Condenar en costas a la parte demandada, tomando como agencias en derecho la suma de \$1.213.393, que serán tenidas en cuenta por Secretaría al momento de liquidar las costas.

**DÉCIMO:** En lo que concierne a la inclusión del subsidio familiar, la duodécima parte de la prima de navidad y las demás pretensiones de la demanda, se niegan por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**UNDECIMO:** Ejecutoriada esta providencia, liquídense las costas y archívese el proceso previas las anotaciones que sean del caso en el sistema Siglo XXI. Además, para su cumplimiento, por Secretaría expídanse copias auténticas con destino y a costa de la parte demandante, con las precisiones del artículo 114 del C.G.P. con fines de ejecución, previa acreditación del pago del arancel judicial.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**



**JOHN LIBARDO ANDRADE FLÓREZ  
JUEZ**

**Firmado Por:**

**John Libardo Andrade Florez  
Juez Circuito  
Juzgado Administrativo**

**II**

**Ibague - Tolima**

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:

**7f6b6a939e4f6ab74583fae2d7a5bf205743d5b318c98f564505672b49c6e15d**

Documento generado en 03/06/2022 11:24:58 AM

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