



Sentencia 2013-00509 de 2020 Consejo de Estado

SALARIO MENSUAL DE SOLDADOS VOLUNTARIOS VINCULADOS COMO SOLDADO PROFESIONAL / REAJUSTE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE SOLDADOS VOLUNTARIOS VINCULADOS COMO SOLDADO PROFESIONAL EN VIGENCIA DEL DECRETO 1793 DE 2000 - Factores / PRIMA DE ANTIGÜEDAD / SUBSIDIO FAMILIAR

El Decreto 1794 de 2000 i) preservó los derechos adquiridos de los soldados voluntarios que se encontraban incorporados al 31 de diciembre de 2000, y luego se vincularon por voluntad propia como soldados profesionales, puesto que se les conservó su remuneración mensual equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), tal como lo disponía el artículo 4.º de la Ley 131 de 1985; y ii) estableció para los soldados nombrados a partir del 1.º de enero de 2001 como profesionales, una contraprestación por el servicio prestado correspondiente a un (1) salario mensual igual al salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%). Respecto a la aplicación del Decreto 1794 de 2000, esta Corporación en sentencia de unificación SUJ2-015-19, de 25 de abril de 2019, expediente: 1701-16, arribó a la conclusión de que 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». Por su parte, refirió que la asignación salarial «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%».(...) si bien es cierto que el mencionado Decreto 1794 de 2000 previó una diferencia del 20% de la retribución de los soldados voluntarios que pasaron a profesionales respecto de los soldados profesionales vinculados desde el 1º de enero de 2001, también lo es que ello obedece a la garantía constitucional de los derechos adquiridos contemplada en el artículo 58 de la Constitución Política. En este orden, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 debe ser interpretado a la luz de la previsión contenida en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, es decir, que para los soldados o infantes de marina que siendo voluntarios con posterioridad a la entrada en vigor del Decreto 1793 de 2000 se vincularon como profesionales, se les debe tener como partidas computables dentro de su asignación de retiro, además de la prima de antigüedad, el sueldo básico, pero equivalente al 60% del salario mínimo mensual legal vigente al retiro del servicio, mas no el 40%. (...) la asignación de retiro deber ser liquidada teniendo en cuenta el 70% del valor resultante del sueldo básico previsto en el inciso 2.º del artículo 1.º del Decreto 1274 de 2000 (smlmv + 60% del smlmv), y se adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad.

FUENTE FORMAL: LEY 131 DE 1985- ARTÍCULO 1 / LEY 131 DE 1985- ARTÍCULO 4 / LEY 578 DE 2000 / DECRETO 1793 DE 2000 / LEY 923 DE 2004 / DECRETO 4433 DE 2004 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA-ARTÍCULO 58 / Decreto 4433 de 2004 / LEY 21 DE 22 DE 1982 / DECRETO 1211 DE 1990 / DECRETO 1794 DE 2000 / DECRETO 3770 DE 2009 / DECRETO 1161 DE 2014

SUBSIDIO FAMILIAR - Factor de liquidación de la asignación de retiro

En tal pronunciamiento [Consejo de Estado, sección segunda, sentencia de 25 de abril de 2019, expediente 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-16.) se aclaró que «si bien con ocasión del Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, fue tan solo hasta la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 que tal partida se consagró como computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues con anterioridad a dicha fecha no existía disposición legal que así la contemplara». Con ocasión de la expedición del Decreto 1162 de 24 de junio de 2014, se dispuso que los soldados profesionales y los infantes de marina profesionales de las fuerzas militares que devenguen el subsidio familiar se les tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro a partir de julio de la esa anualidad (...)En conclusión, se precisó que quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley, distinción que no desconoce el derecho a la igualdad entre soldados profesionales y los uniformados de superior jerarquía

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00509-01(3265-14)

Actor: CESAR AUGUSTO GIRALDO RESTREPO

Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Tema: Reliquidación asignación de retiro –soldado profesional

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia proferida el 7 de mayo de 2014 por el Tribunal Administrativo de Caldas, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Cesar Augusto Giraldo Restrepo formuló demanda, en orden a que se declare la nulidad de los siguientes Oficios: i) 30145 de 22 de junio de 2012 expedido por el subdirector de prestaciones sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL), por medio del cual denegó el reajuste de la asignación de retiro; y ii) 43231 de 10 de septiembre de 2012 proferido por el profesional de defensa de CREMIL que declaró improcedente el recurso de reposición contra la anterior decisión.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó i) ordenar a la entidad demandada el reajuste de la asignación de retiro por indebida aplicación de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, en concordancia con lo señalado en el artículo 13.2.1. de esa norma; ii) liquidar la asignación salarial mensual que se debe tener en cuenta para el retiro con base en el salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%; iii) incluir el subsidio familiar como partida computable; iv) reajustar el retroactivo pensional desde la fecha del reconocimiento prestacional; v) indexar todos los valores adeudados en los términos de lo dispuesto en el CPACA; y vi) condenar en costas a la entidad demandada.

1.1.2. Hechos

Como hechos relevantes, el apoderado del demandante señaló los siguientes:

- i) El señor Cesar Augusto Giraldo Restrepo, ingresó al Ejército Nacional el 6 de septiembre de 1985 como soldado regular en cumplimiento de su servicio militar obligatorio; a partir del 1 de julio de 1987, pasó a ser soldado voluntario.
- ii) Por decisión del Ejército Nacional, el 1.º de noviembre de 2003 fue incorporado como soldado profesional, cuyos derechos laborales estuvieron regidos por el régimen salarial y prestacional consagrado en los Decretos 193 y 1794 de 2000, y 4443 de 31 de diciembre de 2004.
- iii) Por haber acreditado más de veinte años de servicio, CREMIL le reconoció asignación de retiro a través de la Resolución 0656 de 12 de marzo de 2007.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales, se señalaron los artículos 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política; 138 y 159 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; 10 de la Ley 4.ª de 1992; y los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y 4433 de 2004. Al desarrollar el concepto de violación, el apoderado del demandante expuso los siguientes argumentos:

- i) Procede el reajuste de la asignación de retiro del señor Giraldo Restrepo, en atención a que la entidad demandada «decide tomar el 100% del salario básico y a esta suma le adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad, luego le saca el 70% indicado en la norma en lugar de aplicar la fórmula en la forma como allí se indica, liquidación que le resulta desfavorable, por lo que lo correcto sería tomar el 70% del salario básico y a esta suma se le debe adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad».
- ii) La última asignación básica que debió percibir el actor, en su calidad de soldado profesional, corresponde a un salario mínimo incrementado en un 60%, pues resulta arbitrario e ilegal que se liquide sobre una suma inferior, como efectivamente sucedió en el *sub lite*.
- iii) Los soldados profesionales han sido víctimas de discriminación por parte de la entidad demandada, toda vez que deja de reconocerles los derechos tanto de rango constitucional como legal que les resultan aplicables, por lo que tiene vocación de prosperidad inaplicar por inconstitucional el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por cuanto deja de incluir como partida computable para la asignación de retiro, el subsidio familiar que devengó durante su vinculación con el Ejército Nacional, lo que se traduce en una trasgresión del derecho a la igualdad.

1.2. Contestación de la demanda

La Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, por intermedio de apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por las razones que se expresan a continuación:¹

i) El legislador estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, a través del Decreto 4433 de 2004, el cual se encuentra en vigor y no ha sido objeto de demandas de legalidad que afecten su vigencia; por lo tanto, en el evento en que el actor presente algún tipo de inconformidad frente a las normas que sirvieron de fundamento para el reconocimiento, debe cuestionar su legalidad, a través del medio de control respectivo, pues CREMIL no está legitimado para interpretar la norma de manera conveniente a cada empleado de la fuerza pública.

ii) Propuso como excepciones las de legalidad de las actuaciones efectuadas, y carencia de fundamento jurídico para solicitar la inclusión del subsidio familiar.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Caldas, mediante sentencia proferida el 7 de mayo de 2014, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Para tal efecto, se pronunció en estos términos:²

i) Está demostrado en el expediente que la prima de antigüedad se liquidó según los porcentajes señalados en el artículo 16 del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 1994, que resulta de hacer la siguiente operación «un 70% a la suma que resulte de tomar el salario allí señalado, adicionado con un 38.5% de su prima de antigüedad, lo que expresado matemáticamente sería que la asignación de retiro equivale a 70% (salario + 38.5% de la prima de antigüedad)».

ii) La entidad demandada desconoció lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000, puesto que la calidad de soldado voluntario que el actor acreditó con anterioridad a 31 de diciembre de 2000, le permite obtener la liquidación de su asignación de retiro, con el salario legal vigente incrementado en un 60% y no como de manera errada lo hizo la CREMIL, al tomar solo el 40%.

En consideración a lo expuesto, inaplicó el numeral 13.2.1. del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que establece como sueldo computable a efectos de conformar el IBL el salario mínimo incrementado en un 40%.

iii) En lo que hace referencia al subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro, sostiene que le asiste razón al accionante, habida cuenta de que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 establece un trato desigual y discriminatorio entre oficiales y suboficiales y los soldados profesionales, por lo que hay lugar a aplicar la excepción inconstitucionalidad respecto de esa norma «por violación al principio Constitucional de igualdad así como de los principios rectores consagrados en la Ley 923 de 2004, porque impide tener en cuenta emolumentos diferentes a los taxativamente enunciados para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, tales como el subsidio familiar».

1.4. El recurso de apelación

1.4.1. Parte demandada

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por conducto de apoderado, interpuso recurso de apelación y lo sustentó así: ³

i) El artículo 13 del Decreto 4433 de 2003 en forma taxativa consagró los parámetros, condiciones y porcentajes, que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, por lo que no le es dable efectuar una interpretación adicional a la prevista en la norma y, por ende, no es posible incluir el subsidio familiar dentro de ese guarismo.

ii) No se ha vulnerado el derecho a la igualdad del peticionario, por cuanto es claro que el legislador estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, a través del Decreto 4433 de 2004, disposición normativa que actualmente se encuentra en vigor y el cual no ha sido objeto de demandas de legalidad que afecten su vigencia.

iii) Solicitó se revoque la condena en costas, al encontrarse probado que ha sido diligente en la defensa judicial de la entidad y del buen funcionamiento de las actuaciones judiciales, sin que se haya observado actos dilatorios o temerarios.

1.4.2. Parte demandante

El señor Cesar Augusto Giraldo Restrepo, por intermedio de apoderado, presentó recurso de apelación parcial, en los siguientes términos:⁴

i) Reiteró los argumentos expuestos en el escrito de la demanda, relacionados con la indebida aplicación de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, disposición que establece la forma correcta como se debe liquidar la asignación de retiro a favor de los soldados profesionales, esto es, con base en el 70% de salario mensual indicado en su numeral 13.2.1, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad.

ii) La fórmula adoptada por el tribunal decide aplicar «un doble porcentaje a la prima de antigüedad, pues en primer lugar se toma el 38.5% sobre este rubro y se adiciona al 100% del sueldo básico y al total se le saca el 70%, es decir, que a la citada prestación se le extrae un doble

porcentaje».

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

1.5.1. El demandante

El señor Cesar Augusto Giraldo Restrepo, por conducto de apoderado, reafirmó lo sostenido en el libelo introductorio y en el recurso de alzada, haciendo énfasis en la necesidad de analizar en debida forma el artículo 16 del Decreto 4433 de 2006, a efectos de obtener el porcentaje correcto de la asignación de retiro, el cual debe ser equivalente al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1. del mentado artículo, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad.⁵

1.5.2. El demandado

Guardó silencio en esta etapa procesal.

1.6. El ministerio público

El agente del ministerio público no rindió concepto.

2. Consideraciones

2.1. Cuestión Previa. Impedimento

El Consejero de Estado William Hernández Gómez manifiesta su impedimento para conocer de este proceso por encontrarse incurso en la causal prevista en el ordinal 2.º del artículo 141 del Código General del Proceso, ya que en calidad de magistrado del Tribunal Administrativo de Caldas, hizo parte de la sentencia del 14 de diciembre de 2016, mediante la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, dentro del proceso promovido por Cesar Augusto Giraldo Restrepo contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL)⁶.

En ese estado de cosas, la Sala acepta el impedimento manifestado por el doctor Hernández Gómez por cuanto se configura la causal contenida en el ordinal 2.º del artículo 141 del Código General del Proceso. En consecuencia, se le separa del conocimiento del presente asunto.

2.2. El problema jurídico

Se circunscribe a establecer si el señor Cesar Augusto Giraldo tiene derecho al reajuste de su asignación de retiro en los términos previstos en los Decretos 1794 de 2000 y 4433 de 2004 en su condición de ex soldado profesional.

2.3. Marco normativo

2.3.1. Reajuste de la asignación de retiro de los soldados profesionales

El artículo 1.º de la Ley 131 de 1985 señaló la posibilidad de que quienes hayan prestado servicio militar obligatorio pudieran seguir vinculados a las Fuerzas Militares. A su vez, el artículo 4.º *ibídem* indicó que el soldado voluntario devengará una bonificación mensual equivalente a un salario mínimo, incrementado en un 60%.

Con posterioridad, a través de la Ley 578 de 2000 se facultó al presidente de la República en forma extraordinaria y por el término de 6 meses para que expidiera normas relacionadas con las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, entre ellas, todo lo concerniente al régimen de carrera y el estatuto del soldado profesional.

Con fundamento en las anteriores facultades, el presidente de la República expidió el Decreto 1793 de 14 de septiembre de 2000 «por el cual se adopta el régimen de carrera y el estatuto de personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares», el cual definió la condición de soldado profesional y la forma de selección e incorporación a las Fuerzas Militares.

En el párrafo del artículo 5.º, señaló la posibilidad de que los soldados voluntarios fueran incorporados a la planta de personal de la Fuerza Pública como soldados profesionales, a partir del 1.º de enero de 2001, garantizándoles su antigüedad y el porcentaje de la prima de antigüedad a la que tenían derecho, así:

[...] PARAGRAFO. 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. [...]

Mediante el Decreto 1794 de 2000 se expidió el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, el cual, en su artículo 1.º, definió las condiciones y el monto de la asignación salarial mensual que devengarían los soldados profesionales en los siguientes términos:

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%).

Artículo 2.

[...]

Parágrafo. Los soldados vinculados con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresen su intención de incorporarse como soldados profesionales y sean aprobados por los comandantes de fuerza, serán incorporados el 1 de enero de 2001, con la antigüedad que certifique cada fuerza, expresada en número de meses. A estos soldados les será aplicable íntegramente lo dispuesto en este decreto, respetando el porcentaje de la prima de antigüedad que tuviere al momento de la incorporación al nuevo régimen.

Por otro lado, el Congreso de la República a través de la Ley 923 de 2004 determinó los parámetros para que el Gobierno Nacional estableciera las directrices sobre el régimen de la asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública y en tal virtud, profirió el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, a través del cual «se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública».

La anterior disposición, consagró las partidas computables que se deben tener en cuenta para el reconocimiento, entre otras prestaciones, de la asignación de retiro a los soldados profesionales de las fuerzas militares, así:

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

[...]

13.2 Soldados Profesionales:

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

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

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

[...]

Artículo 16. 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.

Conforme a lo expuesto, se tiene que el Decreto 1794 de 2000 i) preservó los derechos adquiridos de los soldados voluntarios que se encontraban incorporados al 31 de diciembre de 2000, y luego se vincularon por voluntad propia como soldados profesionales, puesto que se les conservó su remuneración mensual equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), tal como lo disponía el artículo 4.° de la Ley 131 de 1985; y ii) estableció para los soldados nombrados a partir del 1.° de enero de 2001 como profesionales, una contraprestación por el servicio prestado correspondiente a un (1) salario mensual igual al salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%).

Respecto a la aplicación del Decreto 1794 de 2000, esta Corporación en sentencia de unificación SUJ2-015-19, de 25 de abril de 2019, expediente: 1701-16, arribó a la conclusión de que 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». Por su parte, refirió que la asignación salarial «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%». Tal análisis fue desarrollado en los siguientes términos:

[...] 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.º del Decreto-ley 1794 de 2000», norma esta última que prevé [...]

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%.

208. Para dirimir tal cuestión es necesario revisar, en primer término, el contenido del artículo 18 del Decreto 4433 de 2004, el cual regula los aportes que los soldados profesionales en servicio activo deben realizar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. [...]

209. La disposición transcrita evidencia que los aportes que efectúan los soldados profesionales a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se realizan con base en los factores que se constituyen en las partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro, según lo ordena el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, esto es el salario mensual y la prima de antigüedad, y que los porcentajes allí indicados rigen de la misma forma para todos los soldados profesionales sin importar si se vincularon a las Fuerzas Militares antes o después de la entrada en vigencia del Decreto 1793 de 2000.

210. Mírese que la norma se refiere al salario mensual, el cual como se indicó en precedencia, es el previsto en el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, disposición que contempla dos supuestos fácticos:

(i) para los que se vinculen como soldados profesionales a partir de su entrada en vigencia, un salario mínimo legal mensual incrementado en un 40% y,

(ii) para quienes al 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados de acuerdo a la Ley 131 de 1985, un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

211. Al confrontar el contenido del precitado artículo con el del artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004 se advierte que, en principio, podría generarse una contradicción, por cuanto por una parte, este último prevé que la asignación de retiro se calculará teniendo como partida computable el inciso 1 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, el salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 40%, mientras que el artículo 18 del Decreto 4433 contempla que los aportes para la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se harán con base en el salario mínimo mensual, de manera que para algunos es el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40% y para otros, 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*⁷, 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 garantista⁸ 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 Derecho⁹ y sus fines¹⁰.

[...]

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.

Así las cosas, si bien es cierto que el mencionado Decreto 1794 de 2000 previó una diferencia del 20% de la retribución de los soldados voluntarios que pasaron a profesionales respecto de los soldados profesionales vinculados desde el 1º de enero de 2001, también lo es que ello obedece a la garantía constitucional de los derechos adquiridos contemplada en el artículo 58 de la Constitución Política.

En este orden, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 debe ser interpretado a la luz de la previsión contenida en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, es decir, que para los soldados o infantes de marina que siendo voluntarios con posterioridad a la entrada en vigor del Decreto 1793 de 2000 se vincularon como profesionales, se les debe tener como partidas computables dentro de su asignación de retiro, además de la prima de antigüedad, el sueldo básico, pero equivalente al 60% del salario mínimo mensual legal vigente al retiro del servicio, mas no el 40%.

2.3.2. Prima de antigüedad en el reajuste de la asignación de retiro.

El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, señaló la asignación de retiro de la cual gozaría el personal de soldados profesionales del Ejército Nacional, así:

[...] 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. [...].

La sección segunda de esta Corporación, en la sentencia de unificación SUJ2-015-19¹¹, precisó lo siguiente sobre la aplicación de la referida norma:

[...] al revisar el contenido de la norma se observa que la misma prevé que la asignación mensual de retiro será 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», lo que a juicio de esta corporación significa que el 70% afecta solamente el valor de la asignación salarial y no el de la prima de antigüedad, es decir,

(Salario mensual x 70%) + prima de antigüedad = Asignación de Retiro

[...]

237. Se observa entonces que el resultado que arrojan las hipótesis propuestas es distinto, pues en el segundo escenario se obtiene un valor mayor. De manera que la interpretación de la entidad conlleva un detrimento para el soldado que pasa a situación de retiro. En este sentido, considera la sala que calcular la prestación en el 70% de la asignación salarial sumada con el porcentaje de la prima de antigüedad es una interpretación que soporta una doble afectación de esta última partida, consecuencia que la ley no prevé y que va en perjuicio del derecho.

238. Además, aunque de la literalidad de la norma no se evidenciara su correcta aplicación, en caso de duda sobre los conceptos que deben ser afectados con el porcentaje del 70%, lo propio sería optar por la interpretación más favorable al extremo débil de la relación laboral, que para el caso sería el soldado que pasa a situación de retiro tras 20 años de servicio. Así las cosas, en aplicación del principio de favorabilidad, lo procedente es elegir la segunda de las interpretaciones propuestas.

239. También resulta importante precisar que el 38.5% de la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula 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. En efecto, el artículo 13.2.2 del Decreto 4433 de 2004, al señalar como partida computable de la asignación de retiro la prima de antigüedad remite a los porcentajes previstos por el artículo 18 *ejusdem*, que en el numeral 18.3.7, dictamina que el valor del aporte a CREMIL sobre el factor bajo estudio sea liquidado sobre el 38.5%, a partir del año 11 de servicio.

240. Todo lo anterior lleva a concluir que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 debe interpretarse de la siguiente forma:

(Salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro.

241. Adicionalmente, es menester precisar que conforme lo visto en precedencia el salario básico mensual que debe tenerse en cuenta para este cálculo, en el caso de quienes fueron soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como profesionales, será el equivalente a un salario mínimo adicionado en un 60%, por lo expuesto en el punto anterior.

En consideración a lo expuesto, se tiene que la asignación de retiro deber ser liquidada teniendo en cuenta el 70% del valor resultante del sueldo básico previsto en el inciso 2.° del artículo 1.° del Decreto 1274 de 2000 (smlmv + 60% del smlmv), y se adiciona el 38.5% de la prima de antigüedad.

2.3.3. Subsidio familiar en el reajuste de asignación de retiro.

El Congreso de la República expidió la Ley 21 de 22 de enero de 1982, según la cual definió el subsidio familiar como «una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad».

El artículo 13 *ibidem*, previó que el «Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y los organismos, descentralizados adscritos o vinculados a dicho Ministerio, continuarán pagando el subsidio familiar de acuerdo con las normas especiales que rigen para dichas

entidades». Para las fuerzas militares, los Decretos 1211 de 1990¹² y 1794 de 2000¹³ regularon esta prestación para los oficiales y suboficiales y los soldados que se incorporaron como profesionales.

Con posterioridad, el Decreto 3770 de 30 de septiembre de 2009¹⁴ derogó el subsidio familiar creado para los soldados profesionales en el año 2000, y en su párrafo primero determinó que «los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio»¹⁵.

Luego, el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014¹⁶ nuevamente instituyó el subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales, a partir del 1.º de julio de 2014¹⁷ y la incluyó como partida computable para liquidar la asignación de retiro y la pensión de invalidez, así:

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.

Con ocasión de la expedición del Decreto 1162 de 24 de junio de 2014,¹⁸ se dispuso que los soldados profesionales y los infantes de marina profesionales de las fuerzas militares que devenguen el subsidio familiar se les tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro a partir de julio de la esa anualidad, en los siguientes términos:

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.

La sección segunda de esta Corporación, en la pluricitada sentencia de unificación¹⁹, precisó que un análisis de las precitadas normas permite inferir que «se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004²⁰, 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 vigor 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 2009²¹, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida²².

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

De igual manera, se señaló que los «soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30%²³ para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000²⁴ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida».

En conclusión, se precisó que quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley, distinción que no desconoce el derecho a la igualdad entre soldados profesionales y los uniformados de superior jerarquía. Sobre el particular, precisó:

141. Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime²⁵ 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.

[...]

143. Ahora, al analizar la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994²⁶ y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005²⁷, la Corte Constitucional concluyó, en la sentencia C-057 de 2010, que la diferencia entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados se encontraba justificada [...]

144. En este caso se observa entonces que los grupos de oficiales y suboficiales y de soldados profesionales en relación con las partidas computables para la asignación de retiro se encuentran en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas. En efecto, las partidas respecto de las cuales cotizan los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares son diferentes a las partidas sobre las que efectúan aportes los soldados profesionales.

[...]

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 progresividad²⁸ 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.

Conforme a lo señalado en líneas anteriores, se tiene que el hecho de que los soldados profesionales que accedieron a la asignación de retiro con anterioridad a julio de 2014 no tengan como partida computable de esta prestación el subsidio familiar, no vulnera el derecho a la igualdad, si se atienden sus situaciones de hecho particulares y los principios de progresividad y libertad de configuración del legislador.²⁹

2.4. Hechos probados

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, se puede establecer lo siguiente:

2.4.1. Sobre la relación laboral del demandante

El 6 de septiembre de 1985, el señor Cesar Augusto Giraldo Restrepo se vinculó al servicio del Ejército Nacional en calidad de soldado voluntario.³⁰

A través de la Resolución 0656 de 12 de marzo de 2007 el director general de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Armadas, ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al actor, en su calidad de soldado profesional del Ejército Nacional.³¹

2.4.2. Sobre la reclamación de las prestaciones en litigio

El 29 de mayo de 2012, el señor Cesar Augusto Giraldo Restrepo formuló petición mediante la cual reclamó a la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares el reajuste de la asignación de retiro en los siguientes términos:³²

I) REAJUSTE POR INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 16 DEL DECRETO 4433 DE 2004, TODA VEZ QUE SE INCURRE EN ERROR AL EFECTUAR EL CÁLCULO DEL VALOR DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO, AL TOMAR EQUIVOCADAMENTE LOS FACTORES Y PORCENTAJES A LIQUIDAR AFECTANDO DOBLEMENTE LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD

ii) «REAJUSTE POR FALTA DE APLICACIÓN DE LO ESTABLECIDO EN EL PARÁGRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1º DEL DECRETO 1794 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%.

III) 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 ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES [...]. El reajuste del «retroactivo pensional» deberá pagarse desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro hasta su inclusión en nómina de pagos y, sobre todas las sumas, deberá aplicarse indexación e intereses de mora.

Mediante oficio 30145 de 22 de junio de 2012 el subdirector de prestaciones sociales de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, denegó la solicitud presentada por el demandante.³³

A través del oficio 43231 de 10 de septiembre de 2012, el profesional de defensa de CREMIL declaró improcedentes los recursos de reposición y apelación interpuestos por el actor.³⁴

2.5. Caso concreto. Análisis de la Sala

A fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala encuentra probado lo siguiente:

-De acuerdo con la hoja de servicios que obra a folio 112, el demandante i) prestó sus servicios en el Ejército Nacional durante 21 años y 16 días; ii) laboró como soldado voluntario entre el 6 de septiembre de 1985 y el 30 de octubre de 2003; y iii) a partir del 1.º de noviembre de 2003 fue incorporado como soldado profesional, empleo que desempeñó hasta el 29 de noviembre de 2006.

-En la constancia de liquidación de servicios, se observa que las partidas computables para efectos de la asignación de retiro fueron el salario básico y la prima de antigüedad.

-En el oficio 30145 de 22 de junio de 2012, la entidad demandada denegó el reconocimiento de la asignación de retiro e hizo un cuadro respecto de la liquidación realizada, en los siguientes términos:

AÑO		2011	2012
Salario Mínimo Legal Vigente	140,00%	\$ 535.600	\$566.700
SMLV + 40% del SMLV (Art. 16 del D.4433/2004)			
Sueldo Básico Soldados Profesionales		\$ 749.840.00	\$ 793.380.00
Prima de Antigüedad	38,50%	\$288.688.40	\$ 305.451.30
Sumatoria Sueldo Básico + Prima de Antigüedad		\$1.038.528.40	\$ 1.098.831
Porcentaje de Liquidación	70.00%		
Asignación de Retiro recibida		\$ 726.970	\$ 769.182
Asignación de Retiro no inferior a 1,2 SMLV '		\$642.720	\$ 680.040

Conforme al material probatorio previamente relacionado, se tiene que i) el demandante laboró entre el 6 de septiembre de 1985 y el 30 de octubre de 2003 como soldado voluntario, y, a partir del 1 de noviembre de ese año hasta el 29 de noviembre de 2006, en condición de soldado profesional, en los términos de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000; ii) el Tribunal Administrativo de Caldas, en la sentencia apelada, ordenó la reliquidación de la asignación de retiro con el salario mínimo incrementado en el 60% (mientras que la entidad le reconoció con el 40%), y consideró que tal asignación en términos matemáticos corresponde a: 70% (salario +38.5% de la prima de antigüedad).

Pese a lo expuesto, en la sentencia de unificación citada en líneas anteriores³⁵ se precisó que la asignación mensual de retiro será 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», lo que a juicio de la corporación significa que el 70% afecta solamente el valor de la asignación salarial y no el de la prima de antigüedad, es decir, (Salario mensual³⁶ x 70%) + prima de antigüedad= Asignación de Retiro.

Para el efecto, consideró que calcular la prestación en el 70% de la asignación salarial sumada con el porcentaje de la prima de antigüedad es una interpretación que soporta una doble afectación de esta última partida, consecuencia que la ley no prevé y que va en perjuicio del derecho³⁷.

Por lo anterior, no resulta ajustada la apreciación del *a quo* sobre este punto de derecho, en la medida en que justificó que la entidad tomara el «el 70% del guarismo resultante entre el salario básico y el 38.5% de la prima de antigüedad, lo cual responde a la forma como se liquidan todas las demás asignaciones», por lo que se precisará que lo procedente es que se tenga como sueldo básico, el salario mínimo legal mensual vigente más el 60% de éste, al que se le debe sacar el 70% y a él sumársele el 38.5% de la prima de antigüedad.

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

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

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

Ahora bien, observa la Sala que en el ordinal cuarto de la providencia apelada declaró probada la excepción de prescripción de las mesadas anteriores al 29 de mayo de 2009, determinación que, a pesar de no haber sido desarrollada en la parte considerativa de ese fallo, guarda relación con la situación fáctica del proceso, en la medida en que la petición que dio origen a los actos acusados fue radicada el 29 de mayo de 2012, por lo que la decisión adoptada por el *a quo* es acertada al aplicar lo previsto en el artículo 43³⁸ del Decreto 4433 de 2003³⁹.

En consecuencia, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente, se confirmará la sentencia de primera instancia, excepto los numerales primero, segundo y cuarto de su parte resolutive⁴⁰, para en su lugar ordenar el reajuste de la asignación de retiro del accionante a partir del 30 de noviembre de 2006⁴¹, teniendo en cuenta el sueldo básico (correspondiente al salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, conforme al inciso final del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000), a cuyo resultado se debe aplicar el 70% y al producto de esta última operación, adicionarle el 38.5% de la prima de antigüedad, con efectividad fiscal a partir del 29 de mayo de 2009, por haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción trienal.

Por último, es preciso indicar que esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016⁴², respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Asimismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura) y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas, que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Con fundamento en las anteriores reglas, el *a quo* condenó en costas de la parte vencida en el proceso, sin que para ello se exigiera verificar si su actuar estuvo o no desprovisto de mala fe, por lo que no hay lugar a revocar la decisión en tal sentido, pues el fundamento de la decisión es legal.

Ahora bien, conforme a lo establecido en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso⁴³, no se condenará en costas a ninguna de las partes, al haber prosperado parcialmente y a favor de la entidad demandada la negativa del reconocimiento del subsidio familiar en la asignación de retiro del señor Cesar Augusto Girado Restrepo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1.-Confirmar la sentencia proferida el 7 de mayo de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, mediante la cual declaró la nulidad de las Resoluciones 30145 de 22 de junio de 2012 y 43231 de 10 de septiembre de 2012 proferidas por la Caja de Retiro de las fuerzas militares, Excepto los numerales primero, segundo y cuarto de la parte resolutive que se revocan.

En su lugar, se ordena el reajuste de la asignación de retiro del señor Cesar Augusto Giraldo Restrepo a partir del 30 de noviembre de 2006, teniendo en cuenta el sueldo básico (correspondiente al salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, conforme al inciso final del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000) a cuyo resultado se debe aplicar el 70% y al producto de esta operación, se adicionará el 38.5% de la prima de antigüedad, con efectividad fiscal a partir del 29 de mayo de 2009, por haber operado la figura de la prescripción

2.- Aceptar el impedimento manifestado por el consejero de Estado William Hernández Gómez, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

3.-Sin condena en costas

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Impedido

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Folios 167 a 171

2. Folios 299 a 311

3. Folios 320 a 323

4. Folios 318 a 319

5. Folios 400 a 404

6. Folios 299 a 311

7. 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.

8. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, Edición de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Ed. Trotta, S.A. 2005, 2009. Madrid. P. 29

9. Artículo 1 de la Constitución Política.

10. Artículo 2 *ibidem*.

11. Consejo de Estado, sección segunda, sentencia de 25 de abril de 2019, expediente 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-16).

12. «ARTÍCULO 79. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidar mensualmente sobre su sueldo básico, así:

a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo.

b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. del presente artículo.

c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%).

PARAGRAFO. El límite establecido en el literal c. de este artículo no afectará a los Oficiales y Suboficiales que por razón de hijos nacidos con anterioridad al 31 de octubre de 1969, estuviesen disfrutando o tuviesen derecho a disfrutar, de porcentajes superiores al diecisiete por ciento (17%), ya que en esa fecha tales porcentajes fueron congelados sin modificación.

PARAGRAFO 2. La solicitud de reconocimiento o aumento del subsidio familiar, deber hacerse dentro de los noventa (90) días siguientes al hecho que la motive; las que se eleven con posterioridad al plazo antes fijado, tendrán efectos fiscales a partir de la fecha de su presentación».

13. «ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad. Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente».

14. «Por el cual se deroga el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones».

15. Esta corporación en sentencia de 8 de junio de 2017, expediente 0686-10, con ponencia del consejero de Estado, Cesar Palomino Cortés, declaró la nulidad del Decreto 3770 de 2009, luego de considerar que suprimir el reconocimiento al derecho prestacional del subsidio familiar a los soldados profesionales, constituye una decisión regresiva y carente de legalidad « al no solamente contravenir los principios y normas en los que debería fundarse, sino también porque no es compatible con el contenido esencial de los derechos a la protección y seguridad social, al trabajo, y a la seguridad jurídica, toda vez que su objeto no se encuentra dirigido a promover el bienestar general de los soldados profesionales como integrantes de la fuerza pública en una sociedad democrática».

16. «Por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones».

17. «ARTÍCULO 1º. Subsidio Familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales. Créase, a partir del 1º de julio del 2014, para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no perciben el subsidio familiar regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, así:

a. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente, más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c. de este artículo.

b. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales viudos siempre y cuando hayan quedado a cargo de los hijos habidos dentro del matrimonio o dentro de la unión marital de hecho, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c. del presente artículo.

c. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo. En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica.

PARÁGRAFO 1. El subsidio familiar previsto en el presente artículo en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica de los soldados profesionales e infantes de marina profesionales.

PARÁGRAFO 2. Para los efectos previstos en este artículo los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares a partir del 01 de Julio de 2014, podrán elevar al Comando de Fuerza. la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar previsto en el presente decreto, y el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud de que trata el presente párrafo, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago.

PARÁGRAFO 3. Los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares que estén percibiendo el subsidio familiar previsto en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, no tendrán derecho a percibir el subsidio familiar que se crea en el presente decreto».

18. «Por el cual se dictan disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares».

19. Consejo de Estado, sección segunda, sentencia de 25 de abril de 2019, expediente 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-16) CE-SUJ2-015-19.

20. «Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública».
21. Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.
22. Artículo 5 del Decreto 1161 de 2014.
23. Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.
24. El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.
25. T-530 de 2002, T-119 de 2001, T-540 de 2000, T-117 de 2003, C-1110 de 2001.
26. Por el cual se modifica la caja de vivienda militar y se dictan otras disposiciones.
27. Por la cual se modifica el Decreto-ley 353 del 11 de febrero de 1994 y se dictan otras disposiciones.
28. R. Alexy destaca «El principio de igualdad de hecho es, por lo tanto, una razón suficiente para un derecho subjetivo definitivo a un trato jurídico desigual que sirve para la creación de la igualdad de hecho, sólo si desplaza a todos los otros principios contrapuestos que estén en juego.». Teoría de los Derechos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da edición, Madrid 2017, p. 373.
29. Véase la sentencia del 6 de febrero de 2020, expediente 1942-15, consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter
30. Folio 44
31. Folios 1 a 2 cuaderno administrativo
32. Se hace la referencia en mayúsculas, tal y como se encuentra a folio 14
33. Folios 18 a 19
34. Folios 22 a 23
35. Consejo de Estado, sección segunda, sentencia de 25 de abril de 2019, expediente 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-16 CE-SUJ2-015-19).
36. El salario mensual corresponde a un sueldo mínimo legal mensual más un 60%
37. Ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Primera, sentencia de 11 de diciembre de 2014, radicación: 110010315000201402292 01(AC), actor: Omar Enrique Ortega Flórez; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 24 de febrero de 2015,

radicación: 11010325000201404420 00 (AC), actor: Alfonso Castellanos Galvis; Sección Segunda, Subsección A, sentencia 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500801 00; posición reiterada en las siguientes providencias: Sección Segunda Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2016, radicación: 110010315000201502615 01 (AC), actor: Tito Enrique Valbuena Ortiz; Sección Cuarta, sentencia del 11 de mayo de 2016, radicación: 1100103-150002016-00822-00(AC), actor: Jairo Mendoza Mendoza; Sección Quinta, sentencia del 7 de julio de 2016, radicación: 110010315000201601695 00(AC), actor: José Antonio Cualla Sigua; Sección Primera, sentencia del 23 de junio de 2017, radicación: 110010315000201701058 00(AC), actor: Edwing Guerrero Galvis; Sección Primera, sentencia del 14 de septiembre de 2017, radicación: 11001-03-15-000-2017-01527-00, actor: José Alirio Camargo Pérez.

38. 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.

39. Esta Corporación en sentencia de Sección del 10 de octubre de 2019, expediente: acumulados (2171-12) y (1501-15), consejero Ponente William Hernández Gómez, denegó la pretensión de nulidad del artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, al precisar que el término prescriptivo consagrado en esta disposición, cumple con los parámetros de validez normativa en materia procesal, definidos anteriormente, dado que: i) No vulnera los principios, los criterios, los objetivos o los mínimos previstos en la Ley 923 de 2004; ii) atiende los principios y fines esenciales del Estado; iii) permite la realización material de los derechos sustanciales que el régimen pensional y de asignación de retiro consagra; iv) no vulnera derechos fundamentales de los miembros de la Fuerza Pública; v) la medida tiene un fin legítimo y constitucionalmente válido, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-072 de 1994, vi) no se observa que la misma desborde los principios de razonabilidad y proporcionalidad, máxime si se tiene en cuenta que la prescripción trienal es la regla general en materia laboral y ese término ha sido considerado válido por el máximo Tribunal Constitucional.

40. PRIMERO: Declárese probada la excepción de legalidad de las actuaciones efectuadas por CREMIL respecto de la forma como se calculó la prima de antigüedad en la asignación de retiro del actor.

SEGUNDO: Inaplicar por inconstitucional para el caso concreto, el artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, por violar el principio de no regresividad en derecho sociales laborales, e igualmente el parágrafo del artículo 13 de ese decreto, por omitir dentro de las partidas computables para la asignación de retiro del actor el subsidio familiar, violando el principio de igualdad, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO. Ordenase a CREMIL reajustar la asignación de retiro del salir Cesar Augusto Giraldo Restrepo teniendo como partida computable para conformar su ingreso base de liquidación el salario mínimo devengado por el actor incrementado en un 60% y lo percibido como subsidio familiar. Sumas que se deberán cancelar a partir del 29 de mayo de 2009

41. Fecha a partir de la cual se ordenó el reconocimiento de asignación de retiro

42. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, consejero Ponente: William Hernández Gómez.

43. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 10:04:07