



Sentencia 2012-00101 de 2020 Consejo de Estado

SOLDADOS PROFESIONALES – Clasificación

El personal de soldados profesionales se compone de dos grupos: i) aquellos que se incorporaron a las Fuerzas Militares como soldados profesionales propiamente dichos y ii) aquellos que eran soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como soldados profesionales. Los soldados voluntarios, en los términos de la Ley 131 de 1985, son quienes prestaron servicio militar obligatorio y decidieron vincularse a las Fuerzas Armadas como soldados y, en tal condición, quedaban sujetos al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidieran para el desarrollo de aquella ley. Los soldados profesionales, en los términos del artículo 1 del Decreto 1793 de 2000, son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.

FUENTE FORMAL : LEY 131 DE 1985 / DECRETO 1793 DE 2000 / Decreto 2070 de 2003

ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES- Factores de liquidación/

Las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales se concretan en: 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; y 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 N° 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.

Decreto 1793 de 2000 / Decreto 1794 de 2000 / Ley 923 de 2004 / Decreto 4433 de 2004/ ley 21 de 1982 /

SUBSIDIO FAMILIAR – No es factor de liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales que causaron el derecho antes de julio de 2014

El subsidio familiar se constituye en una partida computable para liquidar la asignación de retiro, únicamente, para aquellos Soldados Profesionales que hayan causado su derecho a esta prestación “a partir de julio de 2014”, pues con anterioridad a dicha fecha no existía disposición legal que así la estipulara, a favor de dicho personal. En el presente asunto, se observa que el demandante prestó sus servicios al Ejército Nacional por más de 21 años, desde el 13 de julio de 1984 hasta el 30 de agosto de 2006, con lo que se acredita que cumplió los requisitos para acceder a la asignación de retiro y se desvinculó de la actividad militar, cuando aún no habían entrado en vigor los Decretos 1161 y 1162 de 2014, por lo que dado este contexto no tenía derecho a que se incluyera el subsidio familiar como partida computable para liquidar la aludida prestación, toda vez que para el momento en que se efectuó el reconocimiento prestacional no estaba definido en la ley y la disposición que lo cobijaba en su caso - artículo 13 del Decreto 4433 de 2004-, no lo establecía expresamente. NOTA DE RELATORÍA: Sobre el subsidio familiar como factor de liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, ver. C de E, Sala Plena Contenciosa de la sección segunda, sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, expediente 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-16) CE-SUJ2-015-19, C.P. William Hernández Gómez.

FUENTE FORMAL : DECRETO 3770 DE 2009 / DECRETO 1161 DE 2014

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 41001-23-33-000-2012-00101-02(3778-13)

Actor: JOSÉ MILLER BLANDÓN UTIMA

Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho- Ley 1437 de 2011

Tema: Reajuste asignación de retiro - reliquidación porcentaje prima de antigüedad, asignación salarial e inclusión subsidio familiar.

ASUNTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 17 de julio de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

El señor José Miller Blandón Utima, mediante apoderada judicial, acudió a la jurisdicción en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para solicitar la nulidad de los siguientes actos:

- Oficio N° 50946 de 7 de octubre de 2011, mediante el cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el actor.

- Oficio N° 5193 de 1 de febrero de 2012, expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a través de la cual se desestimó la procedibilidad del recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra el Oficio N° 50946 de 7 de octubre de 2011.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que ordene a la parte demandada el reconocimiento y pago a favor del demandante del reajuste de la asignación de retiro, a partir de los siguientes emolumentos:

- Reliquidar el porcentaje de la prima de antigüedad
- Reliquidar la asignación salarial que sirvió de base para liquidar la asignación de retiro, tomando el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.
- Incluir el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los Soldados Profesionales.

Pidió que se condene a la demandada a que las sumas de dinero reconocidas sean indexadas y que se paguen los intereses moratorios establecidos en el artículo 195 de la Ley 1437 de 2011.

Solicitó que se dé cumplimiento al fallo dentro del término establecido en el artículo 192 del CPACA, y que se condene en costas y agencias a la entidad accionada.

Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda son los siguientes¹:

El señor José Miller Blandón Utima, ingresó al Ejército Nacional el 13 de julio de 1984, en calidad de Soldado Regular y, al terminar el servicio militar obligatorio, fue aceptado como Soldado Voluntario, a partir del 1° de febrero de 1987, cuya vinculación se regía por los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985, por lo que para el mes de diciembre de 2000 ostentaba tal condición.

Por decisión del Ejército Nacional, los soldados voluntarios pasaron a ser denominados Soldados Profesionales, a partir del 1° de noviembre de 2003, cuya vinculación y régimen salarial y prestacional se sujetaba a las disposiciones previstas en los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y, posteriormente, por el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.

El accionante estuvo vinculado al Ejército Nacional durante más de 20 años, por lo que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante Resolución N° 3759 de 20 de noviembre de 2006 reconoció y ordenó el pago de una asignación de retiro a su favor.

El actor a través de apoderada, el 12 de septiembre de 2011, presentó petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, solicitando el reajuste de su asignación de retiro, con el fin de reliquidar i) el porcentaje de la prima de antigüedad, ii) la asignación salarial que sirvió de base para liquidar la prestación de retiro, tomando el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%; e iii) incluir el subsidio familiar como partida computable.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante Oficio N° 50946 de 7 de octubre de 2011, resolvió de manera negativa la petición del señor José Miller Blandón Utima.

En virtud de lo anterior, la parte actora presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra el anterior oficio, el cual fue decidido desfavorablemente por la entidad demandada, a través de Oficio N° 5193 de 1 de febrero de 2012.

1.2. Normas violadas y concepto de violación

Se señalaron las siguientes disposiciones:

Constitución Política, los artículos 13, 25, 29, 53 y 58

Código Contencioso Administrativo 206 a 2014

Ley 4ª de 1992, artículo 10

Decreto 1793 de 2000 artículo 38

Decreto 1794 de 2000 artículo 1

Decreto 4433 de 2004 artículos 13 y 16

La apoderada del accionante precisó que los actos administrativos demandados desconocieron las normas en las que debían fundarse (enunciadas anteriormente), por cuanto desarrollaron una interpretación equivocada de la normativa que regulan la forma de liquidar la asignación de retiro de los Soldados Profesionales que previamente fueron Soldados Voluntarios.

Adujo que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 establece que la asignación de retiro de los Soldados Profesionales 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”*. Por lo que la interpretación correcta de la norma consiste en que el valor total de la asignación de retiro se obtiene de la sumatoria del 70% del sueldo básico con el 38.5 de la prima de antigüedad.

Explicó que la entidad demandada al momento de definir la asignación de retiro del demandante decidió sumar el 100% del sueldo básico con el 38.5% de la prima de antigüedad y al resultado le aplicó el 70%, el cual fue el valor reconocido al actor, desconociendo de esta manera el mandato legal contenido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en detrimento de los intereses del señor José Miller Blandón Utiña, toda vez que el monto de la asignación de retiro fue inferior al valor que se le debía otorgar, en el evento en que la administración hubiese aplicado correctamente la fórmula.

Afirmó que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares estipuló el sueldo básico del actor de acuerdo con el inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, esto es, sobre un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%, sin tener en cuenta que el señor Blandón Utiña, previamente a asumir la condición de Soldado Profesional, fue Soldado Voluntario activo al 31 de diciembre de 2000, en cuyo tiempo devengada un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60% y, por lo tanto, tenía derecho a que el sueldo que servía de base para liquidar la asignación de retiro se tomara conforme a la última fórmula, atendiendo lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

Expresó que la entidad sin considerar los principios constitucionales establecidos en el artículo 53 de la Constitución, a partir de la fecha en que se denominó el grado del actor como “soldado profesional” disminuyó su asignación mensual en un 20%, afectando sus ingresos, en absoluto desconocimiento de las normas legales y los principios constitucionales vigentes.

Indicó que el artículo 13 y 23 del Decreto 4433 de 2004 establece como una de las partidas computables para liquidar la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y los miembros de la Policía Nacional, *“el subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro”*; sin embargo, en el referido decreto se omitió incluir este emolumento para definir la asignación de retiro de los soldados profesionales.

Señaló que en virtud de lo anterior, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares liquidó la asignación de retiro del actor, sin incluir el subsidio familiar en aplicación de lo establecido en el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, el cual limita la liquidación de la prestación de retiro a dos partidas concretas a saber: i) el salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto Ley 1794 de 2000 y; ii) la prima de antigüedad.

Aseveró que la anterior situación genera una discriminación injustificada frente a los Soldados Profesionales, razón por la cual se debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto del numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por ser abiertamente contrario a lo establecidos en los artículos 13 y 53 de la Constitución Política, con el fin de garantizar una asignación de retiro que garantice el amparo y las contingencias del retiro del servidor público.

Agregó que los soldados profesionales son los únicos integrantes de las Fuerzas Militares y de Policía a los que no se les incluye el subsidio familiar para liquidar su asignación de retiro, desconociendo los riesgos y rigores de la profesión a los que están sometidos.

2. Contestación de la demanda

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, actuando a través de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda con los siguientes argumentos²:

Expresó que la entidad mediante Resolución N° 3759 de 2006, reconoció una asignación de retiro a favor del señor José Miller Blandón Utiña por haber acreditado un tiempo de servicio de 21 años, 6 meses y 10 días, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 y los artículos 13 (13.2) y 16 del Decreto 4433 de 2004, así como la hoja de servicios del actor, en cuyo contenido no se incluye al Subsidio Familiar, como partida computable para la asignación de retiro, toda vez que la normativa que regula la materia, no lo establece como factor a favor de los Soldados Profesionales.

Resaltó que la hoja de servicios expedida por el Ministerio de Defensa es el documento idóneo e indispensable para definir el monto de la asignación de retiro por parte de CREMIL. De modo que en el caso del actor el documento no incluía la partida de subsidio familiar, por lo que el reconocimiento prestacional se limitó a dicha información, el cual goza de presunción de legalidad.

Aseveró que en su momento el accionante debió cuestionar la hoja de servicios ante la autoridad correspondiente, con el fin de aclarar las partidas descritas en dicho acto administrativo, por lo que no puede pretender que CREMIL asuma una carga prestacional que no le corresponde y modifique una información, sin la debida competencia para ello.

Expuso que respecto al reajuste salarial pretendido, las partidas computables para el personal de las fuerzas militares se regulan en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y específicamente en el numeral 13.2, de forma que para los soldados profesionales se liquida el salario mensual en los términos del inciso primero del artículo del Decreto Ley 1794 de 2000, esto es, el salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 40%, sin que pueda darse aplicación al inciso segundo, como lo pretende el actor, que establece un porcentaje diferente.

Señaló que el legislador fue quien estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, a través del Decreto 4433 de 2004, el cual se encuentra vigente; por lo tanto, en el evento en que el actor presente algún tipo de inconformidad frente a las normas que sirvieron de fundamento, debe efectuar los cuestionamientos correspondientes a través de las acciones judiciales pertinentes.

Resaltó que a CREMIL le está vedado efectuar interpretaciones de preceptos normativos y apartarse de estos y hacerlos extensivos al personal para los que no fueron establecidos, por cuanto carece de competencias legales para desarrollar tal actividad.

Destacó que los Soldados Profesionales, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, los miembros de la Policía Nacional y el personal civil tienen regulación especial en materia salarial y prestacional, por lo que la entidad encargada de reconocer la asignación de retiro se debe limitar a los parámetros señalados por el legislador en tales normas y en caso de no hacerlo, se estaría asumiendo una carga prestacional que no corresponde.

Adujo que no se configura una violación del derecho a la igualdad, así como tampoco una falsa motivación en las actuaciones de la entidad que constituya una causal de nulidad de los actos administrativos demandados.

Consideró que los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a la normativa vigente aplicable al demandante, de acuerdo con su situación fáctica acreditada, por lo que se presumen legales.

3. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Huila mediante la sentencia proferida el 17 de julio de 2013, declaró la nulidad de los actos administrativos acusados y accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda³.

Manifestó que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, establece que la asignación de retiro equivale al 70% del salario mensual indicado en el numeral 12.2.1 de la misma norma, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, y no como lo interpretó la entidad, de donde entonces se le causó una afectación a los derechos del señor José Miller Blandón Utrina.

En consecuencia, estimó que la prestación debe liquidarse bajo los siguientes parámetros: $AR = (SM * 70\%) + (PA * 38.5\%)$, donde AR= asignación de retiro, SM= salario mensual y PA= prima de antigüedad.

Sostuvo que los elementos probatorios allegados al proceso permiten evidenciar que el demandante prestó sus servicios por más de 20 años al Ejército Nacional así: i) como soldado regular del 13 de julio de 1984 al 10 de junio de 1986, ii) como soldado voluntario del 1° de febrero de 1987 al 31 de octubre de 2003 y, iii) como soldado profesional del 1° de noviembre de 2003 hasta el 30 de agosto de 2006.

Precisó que lo anterior permitía colegir que el demandante se encuentra dentro de los supuestos previstos en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, por cuanto se encontraba vinculado como soldado voluntario con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, pues de conformidad con la certificación allegada por la entidad, el señor José Miller Blandón Utrina se vinculó en dicha calidad a partir del 1° de febrero de 1987; razón por la cual tiene derecho a una asignación mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60% y no en un 40% como lo hizo la demandada.

Por otro lado, señaló que los documentos allegados al proceso no evidencian que el demandante hubiere percibido el subsidio familiar durante su trayectoria laboral, razón por la cual no tiene fundamento computarse esta prestación a la asignación de retiro.

Aunado a lo anterior, declaró la prescripción trienal del incremento salarial y su incidencia en las prestaciones sociales causadas con anterioridad al 12 de septiembre de 2008; y condenó en costas a la entidad demandada, a favor del demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 188 del CPACA.

5. El recurso de apelación

La parte actora por medio de apoderada interpuso recurso de apelación contra la sentencia del 17 de julio de 2013, que sustentó de la siguiente manera⁴:

Reiteró los argumentos expuestos en escrito de demanda relacionados con la vulneración del derecho a la igualdad del señor José Miller Blandón Utría, por parte de CREMIL, al no incluir el subsidio familiar como partida computable para la liquidación de su asignación de retiro. Asimismo, insistió que en la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad del numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por ser contrario a los artículos 13 y 53 de la Constitución Política.

A partir de lo anterior, solicitó que se modifique parcialmente la sentencia de primera instancia y se acceda a la totalidad de las pretensiones de la demanda.

6. Alegatos de conclusión

6.1 La parte demandante⁵ solicitó que se modifique el fallo del Tribunal Administrativo del Huila, para que se acceda a todas las pretensiones de la demanda, reiterando los argumentos expuestos en el escrito de demanda y en el recurso de apelación e insistió en su inconformidad por la negativa de no ordenar la inclusión del subsidio familiar para liquidar la asignación de retiro, señalando que fue un emolumento devengado por el actor mientras estuvo en actividad del servicio.

6.2 La parte demandada guardó silencio

7. Concepto del Ministerio Público solicitó que se declare la excepción de inconstitucionalidad y se inaplique el numeral 13.2.1 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, con el fin de revocar el numeral quinto de la sentencia apelada, en cuanto denegó la inclusión del subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro.

Indicó que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto Ley 1794 de 2000, el subsidio familiar solo lo devenga el soldado profesional de las fuerzas Militares, casado o con unión marital de hecho vigente. De esta manera, en el caso del actor, se acreditó que vivía en unión libre y producto de esa relación tenía una hija, por lo tanto, era beneficiario del subsidio familiar.

Indicó que el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 es violatorio de preceptos constitucionales, porque excluyó sin justificación alguna, el subsidio familiar como partida computable de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales.

Destacó que las normas que regulan la asignación de retiro del personal de las Fuerza Pública incluyen el subsidio familiar como una partida computable para los oficiales, suboficiales y agentes; y el mismo hace parte del ingreso base de liquidación de esa prestación según lo regula el numeral 13.1.7 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004. Sin embargo, extrañamente no se incluyó ese factor en la liquidación de las asignaciones de los soldados profesionales y esa omisión legislativa entraña una discriminación negativa que no tiene justificación razonable alguna, vulnerando los principios de igualdad, equidad y favorabilidad previstos en los artículos 13 y 53 de la Constitución y los principios del artículo 3 del Decreto 4433 de 2004.

Expresó que el Consejo de Estado, en sentencia de 17 de octubre de 2013 (radicado N° 2013-01821-00), al resolver un asunto similar concluyó que no existe justificación para el trato desigual al que están sometidos los soldados profesionales y, por lo tanto, consideró que el numeral 13 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 debía inaplicarse.

Agregó que la jurisprudencia Constitucional⁶ ha indicado que la existencia de regímenes prestacionales diferentes no vulnera el derecho a la igualdad, salvo que se demuestra que sin razón justificada las diferencias surgidas en la aplicación de los regímenes especiales, genera un trato inequitativo y desfavorable para sus destinatarios.

A partir de lo anterior, concluyó que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 incurrió en una omisión legislativa, pues no previó la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, cuyas partidas computables se limitan al salario mensual y la prima de antigüedad, desconociendo con ello los principios de igualdad, equidad y favorabilidad de aquellos servidores que están en la escala más baja de salarios dentro del personal de las Fuerzas Militares y que son quienes soportan los rigores del conflicto armado en el país, en la medida en que exponen su vida y salud en desarrollo de su actividades.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el inciso primero del artículo 150 del CPACA, le corresponde al Consejo de Estado conocer en segunda instancia de las apelaciones contra las sentencias dictadas por los tribunales administrativos.

2. Problema jurídico

De conformidad con lo expuesto en el recurso de apelación presentado por la parte demandada, la Sala determinará si procede revocar la sentencia de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Para el efecto, se establecerá si el señor José Miller Blandón Utría tiene derecho al reconocimiento del subsidio familiar como partida computable de su asignación de retiro.

La Sala con el fin de resolver el problema jurídico planteado seguirá el siguiente esquema: i) marco jurídico del subsidio familiar; ii) hechos probados; y iii) caso concreto.

3. Marco normativo y jurisprudencial

3.1 El Régimen de asignación de retiro de los soldados profesionales

El personal de soldados profesionales se compone de dos grupos: i) aquellos que se incorporaron a las Fuerzas Militares como soldados profesionales propiamente dichos y ii) aquellos que eran soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como soldados profesionales.

Los soldados voluntarios, en los términos de la Ley 131 de 1985⁷, son quienes prestaron servicio militar obligatorio y decidieron vincularse a las Fuerzas Armadas como soldados y, en tal condición, quedaban sujetos al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidieran para el desarrollo de aquella ley.

Los soldados profesionales, en los términos del artículo 1 del Decreto 1793 de 2000, son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.

Con relación con los soldados voluntarios, la Ley 131 de 1985 definió algunos aspectos relacionados con la asignación salarial y bonificaciones por el servicio prestado, pero no hizo referencia a la asignación de retiro o pensión a favor de dicho personal

No obstante, el Decreto 370 de 1991, que reglamentó la Ley 131 de 1985, previó que el soldado voluntario no podría superar la edad de los 35 años en el servicio, y si los alcanzaba, el Comando de la respectiva Fuerza podría darlo de baja, pero solamente tendría derecho al pago de una pensión mensual equivalente al sueldo básico devengado por un cabo segundo o marinerio, si su desacuartelamiento se producía por incapacidad absoluta y permanente para toda clase de actividades. De acuerdo con el artículo 4 del Decreto 2728 de 1968⁸, esta calificación debía efectuarse según lo previsto por el régimen de aptitudes, invalideces e indemnizaciones para el personal al servicio de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional⁹, prestación que podrían continuar devengando sus beneficiarios al tenor de lo normado por el artículo 5¹⁰ del Decreto 1305 de 1975¹¹.

Así las cosas, es evidente que hasta este momento los soldados voluntarios no tenían prevista expresamente en la ley una prestación periódica por retiro. Solamente tenían derecho a una bonificación cuyo valor sería determinado por el tiempo que hubiera prestado sus servicios, el cual, tenía previsto como límite máximo la edad de 35 años, teniendo la posibilidad de devengar una mesada, únicamente, por incapacidad absoluta y permanente para toda clase de actividades.

La Ley 66 de 1989¹² le confirió facultades al Presidente de la República para reformar los estatutos del personal de oficiales, suboficiales y agentes de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, incluyendo el régimen general de prestaciones sociales, entre otros aspectos. Con ese fundamento, se expidió el Decreto 1211 de 1990¹³, régimen que no contuvo disposiciones relativas a los soldados voluntarios.

Posteriormente, el Congreso de la República expidió la Ley 578 de 2000¹⁴ que le concedió facultades al presidente de la República, nuevamente, para que expidiera normas relacionadas con las Fuerzas Militares y de Policía, entre ellas, las relativas al régimen de carrera y el estatuto del personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares¹⁵. Fue así como se expidió el Decreto 1793 de 2000¹⁶, el cual, en el parágrafo del artículo 5, previó que los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresaran su intención de incorporarse como soldados profesionales y fueran aprobados por los comandantes de Fuerza, serían incorporados el 1º de enero de 2001, con la antigüedad respectiva.

Dicha normativa hizo extensivo para los soldados profesionales los regímenes contenidos en el Código Penal Militar, el Reglamento del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Militares, las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de las Fuerzas Militares y las que regulan el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Sin embargo, en materia pensional, este decreto no dispuso como tal una asignación de retiro, como sí se estableció para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en el Decreto 1211 de 1990, sino que se previó una pensión de vejez, respecto de la cual, se indicó que se regiría por el sistema de capitalización de la Ley 100 de 1993. En efecto, el artículo 39 dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 39. La pensión de vejez, invalidez y sobrevivencia de los soldados profesionales de que trata el presente decreto se regirá por el sistema de capitalización previsto en la Ley 100 de 1993.

El aporte mensual para conformar la pensión será del dieciséis por ciento (16%) del salario base de cotización, porcentaje del cual le corresponderá aportar al afiliado el cuatro por ciento (4%) y a la Nación el doce por ciento (12%) restante. Adicionalmente, durante el primer trimestre de cada año a partir del año 2002 la Nación aportará el equivalente a un salario mensual base de cotización por cada afiliado que se encuentre en servicio activo al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior.

Los soldados a que se refiere este decreto, que asciendan a rango de suboficiales, continuarán sujetándose al régimen de pensiones previsto en el presente artículo.

PARAGRAFO 1. Para efectos de lo previsto en el presente artículo, se entenderá que el salario base de cotización, está integrado por la asignación básica mensual adicionada con la prima de antigüedad.

PARAGRAFO 2. Cuando haya lugar al reconocimiento de la pensión por invalidez o muerte, cualquiera que sea el origen, la administradora de fondos de pensiones iniciará los pagos mensuales de la respectiva pensión, utilizando para el efecto, en primera instancia, la cuenta de ahorro

individual. En caso de que los recursos de dicha cuenta resulten insuficientes, la Nación pagará mensualmente el faltante con cargo al Presupuesto General de la Nación. Por consiguiente, no habrá lugar a la cotización por accidentes de trabajo y enfermedad profesional para pensiones ni a la contratación de un seguro de invalidez o muerte¹⁷.”

Conforme con lo anterior, el Decreto 1793 de 2000, en el artículo 40¹⁸, indicó que las entidades encargadas de administrar los aportes de los soldados profesionales serían seleccionadas por el Ministerio de Defensa Nacional mediante concurso y, en el artículo 41 consagró un régimen de transición para aquellos que se hubieran vinculado con anterioridad al 1 de enero de 2001, a quienes el Ministerio de Defensa Nacional efectuaría el cálculo de un bono pensional, dentro del año siguiente a la expedición de ese decreto, por el número de años de servicio equivalente al aporte del 12% que le corresponde aportar al empleador, utilizando la metodología prevista en la Ley 100 de 1993.

Por su parte, el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000 dispuso que el Gobierno Nacional expediría, con base en lo previsto en la Ley 4 de 1992, los regímenes salariales y prestacionales de los soldados profesionales, sin desmejorar los derechos adquiridos. En desarrollo de lo previsto en tal precepto legal, se expidió el Decreto 1794 de 2000, el cual, en lo referente a la asignación mensual de este personal, definió que sería calculada en el equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%; no obstante, quienes para el 31 de diciembre de 2000 se encontraran vinculados como soldados voluntarios, continuarían devengando un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%¹⁹.

Adicionalmente, señaló que los soldados profesionales tendrían derecho a las siguientes prestaciones: Prima de antigüedad (art. 2); Prima de servicio anual (art. 3); Prima de vacaciones (art. 4); Prima de navidad (art. 5); Pasajes por traslado (art. 6); Pasajes por comisión (art. 7); Vacaciones (art. 8); Cesantías (art. 9); Vivienda militar (art. 10); Subsidio familiar (art. 11); Tres meses de alta (art. 12); Gastos de inhumación (art. 14).

Posteriormente, la Ley 797 de 2003 confirió facultades al Ejecutivo para reformar el régimen pensional de las Fuerzas Militares²⁰. Con fundamento en ello se expidió el Decreto 2070 de 2003²¹, que incluyó dentro de su campo de aplicación a los soldados, para quienes se reguló la asignación en su artículo 16. Sin embargo, la declaratoria de inexecutable (sentencia C – 432 de 2004) de este decreto implicó la reviviscencia de los preceptos que antes de su expedición venían rigiendo.

Con fundamento en lo dispuesto en la Ley 923 de 2004²², el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 de 2004 en el que reguló el derecho a una asignación de retiro de los soldados profesionales, en los siguientes términos:

“Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Las partidas computables a las que se refiere la norma citada son las descritas en el artículo 13 *ibidem*, esto es: *“(…) 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 (…)”.*

De acuerdo con lo anterior, se advierte que las normas previas al Decreto 4433 de 2004 remitían a disposiciones generales en materia pensional para los soldados profesionales y solo con la expedición de dicho decreto puede haber de un derecho de asignación de retiro a favor de este personal.

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

El artículo 3 de la Ley 923 de 2004 dispuso los elementos mínimos que deben contener las asignaciones de retiro y las pensiones de los miembros de la Fuerza Pública, entre estos, se encuentran los señalados en los numerales 3.3. y 3.4, en cuyo contenido se dispone:

3.3. Las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

3.4. El aporte para la asignación de retiro a cargo de los miembros de la Fuerza Pública será fijado sobre las partidas computables para dicha asignación, el cual estará a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

De conformidad con los antecedentes de la referida ley, una de sus finalidades era consagrar *“una concordancia entre las partidas sobre las cuales se aporta y las partidas sobre las cuales se liquida la asignación de retiro, atendiendo el principio general de seguridad social según el cual las prestaciones de carácter periódico en las cuales existe la obligación de aporte, por parte del servidor deben ser liquidadas con fundamento en aquellas partidas sobre las cuales se hace el aporte”*²³. En efecto la norma pretendía ratificar que los requisitos más importantes para acceder al derecho a la asignación de retiro son el tiempo de servicios prestado en calidad de miembro de la Fuerza Pública y el tiempo de aportes *“que comprende aquel sobre el cual el miembro de la Fuerza Pública en su calidad de servidor público adscrito al sector defensa ha hecho aportes con destino a la seguridad social”*²⁴.

Lo anterior, se refleja en las disposiciones que describen las partidas sobre las cuales se realizan aportes y aquellas que serán tenidas en cuenta para efectos de liquidar la asignación de retiro, así como el porcentaje en el que se deben realizar aportes y aquel que se ha de incluir para el cálculo de la mesada, contenidas en el Decreto 4433 de 2004, así:

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

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

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

13.2 Soldados Profesionales:

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

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

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

(...)

"ARTÍCULO 16. *Asignación de retiro para soldados profesionales.* Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

(...)

"ARTÍCULO 18. *Aportes de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.* Los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:

18.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer salario mensual, como aporte de afiliación.

18.2 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.

18.3 Sobre el salario mensual y la prima de antigüedad, un aporte mensual del cuatro punto cinco por ciento (4.5%) hasta el 31 de diciembre de 2004, porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1° de enero de 2005 y, adicionalmente, otro cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1° de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%).

El aporte sobre la prima de antigüedad fijado en el presente numeral se liquidará sobre los porcentajes que se señalan a continuación de acuerdo con el tiempo de servicio así: (...)"

La lectura de los referidos artículos permite advertir que las partidas que sirven de base para los aportes son las mismas que habrán de incluirse para el cálculo de la asignación de retiro, pues así lo admite el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que en el parágrafo ordena: "*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*".

Lo anterior guarda relación con los principios constitucionales que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 Constitucional, inspiran la seguridad social, esto es, los de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, con el principio de sostenibilidad financiera incorporado a la Constitución Política, a través del Acto Legislativo núm. 1 de 2005, que reafirmó tal relación de correspondencia entre el ingreso base de liquidación y los factores sobre los cuales efectivamente se realizaron aportes, al decretar: "*Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones*", precaución que obedece al principio de sostenimiento presupuestal, que no se estaría afectando al preservar la proporcionalidad de los aportes con el valor de la prestación, sino que permite precisamente alcanzar su objetivo.

El principio de solidaridad cobra vital importancia en materia de seguridad social, por su carácter obligatorio, irrenunciable e inspirado del servicio. Al respecto, la Corte Constitucional ha expuesto²⁵:

“(…) el Estado Social de Derecho, a diferencia del Estado Liberal Clásico, parte del supuesto según el cual la realización del interés colectivo presupone la existencia de mecanismos de redistribución de los ingresos, a fin de que los menos favorecidos tengan acceso a la satisfacción de las necesidades básicas, asociadas con la efectividad de los derechos fundamentales. Uno de estos mecanismos es la organización de los sistemas de seguridad social, que pretenden conseguir la satisfacción universal de las necesidades básicas de la población en materia de salud y de previsión de los riesgos de merma de la capacidad laboral por invalidez, vejez o muerte. El funcionamiento de tales sistemas sólo se hace posible gracias al esfuerzo mancomunado del Estado y los particulares, y mediante la implementación de medidas que hagan viable la redistribución de los ingresos disponibles para estos propósitos. Por esta razón, el artículo 48 superior define la Seguridad Social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. (negritas del texto original)

Asimismo, la Corte Constitucional ha precisado que una de las implicaciones del principio de solidaridad en materia de seguridad social, es que *“todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto. (...)”*²⁶.

Así las cosas, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales se concretan en: 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; y 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 N° 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.

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

El Congreso de la República por medio de la Ley 21 de 22 de enero de 1982, 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*, dispuso que el *“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 1990²⁷ y 1794 de 2000²⁸ 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 2009²⁹ derogó el subsidio familiar creado para los soldados profesionales en el año 2000, y en su parágrafo 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”*³⁰.

Sin embargo, el Consejo de Estado, por medio de sentencia emitida por esta Subsección el 8 de junio de 2017, declaró la nulidad con efectos *ex tunc* de la totalidad del Decreto 3770 de 2009; en su momento se aseveró:

*“(…) la medida incorporada al ordenamiento jurídico mediante el Decreto 3770 de 2009, que suprime el reconocimiento al derecho prestacional del subsidio familiar a los soldados profesionales al revocar el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, se constituye en regresiva y por tanto 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”*³¹. (Cursiva ajena al texto original)

Por su parte, el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014³² nuevamente instituyó el subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales, a partir del 1º de julio de 2014³³ y la incluyó como partida computable para liquidar la asignación de retiro y la pensión de invalidez, en los siguientes términos:

“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” (subrayado fuera de texto).

Con ocasión de la expedición del Decreto 1162 de 24 de junio de 2014,³⁴ 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” (subrayado fuera de texto).

La Sección Segunda de esta Corporación, mediante sentencia de unificación³⁵, precisó que un análisis de las precitadas normas permite inferir que *“se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004³⁶, 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 2009³⁷, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida³⁸”.

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%³⁹ para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000⁴⁰ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida”*.

Así las cosas, la referida sentencia de unificación, a manera de conclusión, 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, destacó lo siguiente:

“141. Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime⁴¹ 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 1994⁴² y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005⁴³, 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 progresividad⁴⁴ 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.⁴⁵

4. Hechos relevantes probados

4.1 La vinculación laboral del demandante

Copia de la hoja de servicios N° 3-00017634630 de 27 de septiembre de 2006, en la que se indica que el señor José Miller Blandón Utima, ingresó a prestar el servicio militar obligatorio en calidad de Soldado Regular, el 13 de julio de 1984 al 10 de junio de 1986. Posteriormente, fue Soldado Voluntario, del 1° de febrero de 1987 al 31 de octubre de 2003 y; luego asumió la condición de Soldado Profesional del 1° de noviembre de 2003 al 30 de agosto de 2006, para un tiempo laborado de 21 años, 6 meses y 10 días⁴⁶.

En la misma hoja de servicios se informó que los haberes devengados por el señor Blandón Utima en el último mes de servicio (agosto de 2006) fueron: i) sueldo básico, ii) prima de antigüedad, iii) bonificación de orden público y; iv) seguro de vida. Asimismo, se indicó que las partidas computables prestacionales unitarias, eran el sueldo básico y la prima de antigüedad.

4.2 El acto de reconocimiento de la asignación de retiro

Copia de la Resolución N° 3759 de 20 de noviembre de 2006, por medio de la cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció y ordenó el pago de una asignación de retiro a favor del señor José Miller Blandón Utima, a partir del 30 de noviembre de 2006, liquidada con fundamento en el sueldo básico mensual y la prima de antigüedad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 y en concordancia con el artículo 13 numeral 13.2 del Decreto 4433 de 2004⁴⁷.

4.3 Los actos administrativos acusados

- Oficio N° 50946 de 7 de octubre de 2011, mediante el cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó la solicitud de reajuste de la asignación de retiro devengada por el actor, con la inclusión del subsidio familiar entre otros⁴⁸.

- Oficio N° 5193 de 1 de febrero de 2012, expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a través de la cual se desestimó la procedibilidad del recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra el Oficio N° 50946 de 7 de octubre de 2011⁴⁹.

5. Caso Concreto

El señor José Miller Blandón Utima solicitó la nulidad de los Oficios N° 50946 de 7 de octubre de 2011 y N° 5193 de 1 de febrero de 2012, expedidos por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, por medio de los cuales negó la solicitud de reajuste de la asignación de retiro devengada por el actor, con la inclusión del subsidio familiar entre otros y se desestimó la procedibilidad de los recursos de reposición y apelación.

El Tribunal Administrativo del Huila accedió parcialmente a las súplicas de la demanda declarando la nulidad de los actos demandados y ordenó reliquidar la asignación de retiro devengada por el actor, en el sentido de i) adecuar la fórmula para tasar el monto de la prestación conforme el

artículo 16 del Decreto 4433; ii) reconocer las diferencias del sueldo básico que sirvió de base para liquidar la asignación de retiro y; iii) negó la inclusión del subsidio familiar como partida computable.

El Tribunal explicó que no era posible incluir el subsidio familiar como partida computable, porque los documentos allegados al plenario no permitían evidenciar que el señor José Miller Blandón Utima hubiere percibido este concepto durante el tiempo en que prestó sus servicios como Soldado Profesional.

Inconforme con la decisión del Tribunal, la apoderada del demandante interpuso recurso de apelación insistiendo en que se debía aplicar la excepción de inconstitucionalidad frente al numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por ser contrario con los artículos 13 y 53 de la Constitución Política, al generar una discriminación negativa en contra de los Soldados Profesionales con relación a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, los miembros de la Policía Nacional y el personal civil del Ministerio de Defensa, en tanto omite incluir el subsidio familiar como una partida computable para liquidar la asignación de retiro a favor de los referidos Soldados.

Con relación al subsidio familiar, es pertinente resaltar que de acuerdo con el análisis normativo expuesto en precedencia y teniendo en cuenta lo dispuesto en la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, proferida esta Sección, dicho concepto se estableció expresamente como factor para determinar el monto de la asignación de retiro con fundamento en lo previsto en los artículos 5° y 1°, respectivamente, de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, en cuyo contenido se indica textualmente que a partir del 1° de julio de 2014 tal emolumento será partida computable para liquidar la referida prestación.

A partir de lo anterior, el pronunciamiento de unificación precisó que el subsidio familiar se constituye en una partida computable para liquidar la asignación de retiro, únicamente, para aquellos Soldados Profesionales que hayan causado su derecho a esta prestación *“a partir de julio de 2014”*, pues con anterioridad a dicha fecha no existía disposición legal que así la estipulara, a favor de dicho personal.

En el presente asunto, se observa que el demandante prestó sus servicios al Ejército Nacional por más de 21 años, desde el 13 de julio de 1984 hasta el 30 de agosto de 2006, con lo que se acredita que cumplió los requisitos para acceder a la asignación de retiro y se desvinculó de la actividad militar, cuando aún no habían entrado en vigor los Decretos 1161 y 1162 de 2014, por lo que dado este contexto no tenía derecho a que se incluyera el subsidio familiar como partida computable para liquidar la aludida prestación, toda vez que para el momento en que se efectuó el reconocimiento prestacional no estaba definido en la ley y la disposición que lo cobijaba en su caso - artículo 13 del Decreto 4433 de 2004-, no lo establecía expresamente.

Ahora bien, la parte actora argumenta que se presenta una vulneración al derecho a la igualdad entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, como quiera que las partidas que se les computan para la asignación de retiro son diferentes en uno y otro caso, pues las mismas difieren tal y como advierte del contenido de los numerales 13.1 (oficiales y suboficiales) y 13.2 (soldados profesionales) del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004. Sobre el particular, cabe recordar que la sentencia de unificación de 25 de 2019⁵⁰ proferida por la Sección se pronunció en los siguientes términos:

“(…) es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime⁵¹ que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales.

En ese sentido, la Corte ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse *“como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática”⁵²*, por lo que ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que aunque otorgan un trato desigual, se basan en circunstancias objetivas y razonables por lo cual se ajustan a la Constitución, resaltando que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes presupuestos: «(i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad»⁵³, por lo cual ha concluido que *«la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad»*.

Ahora, al analizar la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994⁵⁴ y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005⁵⁵, la Corte Constitucional concluyó, en la sentencia C-057 de 2010, que la diferencia entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados se encontraba justificada en lo siguiente:

“La Corte encuentra, en primer lugar, que los sujetos a que se refieren las disposiciones demandadas constituyen grupos jurídicamente diferenciados. Si bien de las tres categorías se predica el factor común de que están integradas por miembros de la fuerza pública, también es cierto que la diferenciación entre ellas no tiene un origen arbitrario o subjetivo, sino que obedece a criterios normativos. Esas normas asignan a cada una de las tres categorías, responsabilidades, tareas y deberes diferentes⁵⁶. La naturaleza de sus funciones es claramente distinta.

3.6.1.2. Entre los muchos criterios posibles que el legislador habría podido considerar para definir los toques máximos a los que se refieren las normas acusadas, el acudir a los agrupamientos preexistentes en la jerarquía militar o policial es un criterio objetivo, que disminuye los riesgos de arbitrariedad o subjetividad en el otorgamiento del subsidio. Se trata de un criterio jurídico, fácilmente identificable, que responde a la lógica interna de organización de la fuerza pública. Al existir estas distintas categorías jurídicas dentro del universo de personas que conforman la Fuerza Pública, es en principio válido que el legislador las utilice como criterio de distinción para ciertos efectos.

3.6.1.3. Revisadas las normas que regulan la materia, se encuentra que en efecto, las tres categorías se encuentran en una situación de hecho distinta. Los oficiales son aquellos formados, entrenados y capacitados para ejercer la “conducción y mando” de los elementos de combate y de

las operaciones de su respectiva fuerza, mientras que a los suboficiales les corresponde las funciones de apoyo a los oficiales⁵⁷. Los oficiales, en el marco de su respectivo rango, tienen bajo su responsabilidad el mando y conducción de la tropa, de los equipos de combate, de las operaciones, de las unidades, y por lo tanto, el peso de las decisiones más importantes, de las cuales, en muchos casos, dependen la vida y la integridad de sus subordinados y de los demás ciudadanos. Es el hecho de que sobre ellos recaiga esa mayor y trascendental responsabilidad, la que explica la diferencia en la jerarquía organizacional. Esta diferencia en la naturaleza de las funciones y responsabilidades explica también las diferencias en los regímenes de incorporación, ascensos, retiros, remuneración y pensiones. Los soldados profesionales y los agentes, por su parte, ejecutan e implementan las decisiones de los comandantes⁵⁸.

3.6.1.4. Desde el punto de vista de las normas que los crean y regulan, las tres categorías a que se refieren las normas demandadas constituyen grupos diferenciados jurídicamente, que, dentro de la fuerza pública, responden a una naturaleza funcional distinta, y por lo tanto, tienen responsabilidades y tareas diferentes. Desde este punto de vista estrictamente formal, se trata de categorías que se encuentran en situaciones de hecho distintas». (negrita fuera de texto)

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. (...)”

En efecto, al examinar la normativa que regula los aportes que realizan a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares los soldados profesionales (artículo 18 Decreto 4433 de 2004) y los oficiales y suboficiales (artículo 17 Decreto 4433 de 2004) de la institución, así como las partidas computables definidas legalmente para cada grupo de servidores (numerales 13.2 y 13.1 del artículo 13 Decreto 4433), se colige que en ambos casos 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 establecido en la Ley 923 de 2004. De manera que no hay razón para sostener que se vulnera el derecho a la igualdad del actor, 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.

Con fundamento en lo anterior, es pertinente señalar 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 la no inclusión del subsidio familiar como partida computable para el caso de los soldados profesionales que adquirieron el derecho a asignación de retiro con anterioridad a julio de 2014, 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, como se indicó en la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019.

Por último, es importante mencionar que de conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso⁵⁹, no se condenará en costas, teniendo en cuenta que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y el recurso de apelación interpuesto por la parte actora no prosperó, derivando con ello una situación favorable para la entidad demandada dado que se negó el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro del señor José Miller Blandón Utría. Adicionalmente, no aparece probado en el *sub examine* las costas.

III. DECISIÓN

En atención a las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la sentencia proferida el 17 de julio de 2013 por el Tribunal Administrativo del Huila, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda promovida por el señor José Miller Blandón Utría contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL.

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

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, proferida el 17 de julio de 2013 por el Tribunal Administrativo del Huila, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda promovida por el señor José Miller Blandón Utría contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO. DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

(Firmado electrónicamente)

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

(Firmado electrónicamente)

(Firmado electrónicamente)

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Folios 2 – 9

2. Folios 83 – 87

3. Folios 179 – 195

4. Folios 197 – 200

5. Folios 268 – 272

6. Sentencia C – 748 de 2009

7. «Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario»

8. Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares.

9. Artículo 2 del Decreto 2728 de 1968.

10. «Artículo 5. A la muerte de un soldado o grumete en goce de pensión, su esposa e hijos inválidos absolutos en forma vitalicia, y sus hijos menores legítimos o naturales, hasta cuando cumplan la mayor edad o se emancipen, tendrán derecho a devengar la totalidad de la prestación que venía percibiendo el causante. A falta de esposa e hijos menores, la prestación corresponderá a los padres legítimos o naturales del causante.

Parágrafo. A las viudas y a los hijos inválidos absolutos de los soldados o grumetes que se encuentren en la actualidad en la actualidad devengando o tengan derecho causado a disfrutar los cinco (5) años de sustitución pensional, les queda prorrogado en forma vitalicia a partir de la vigencia del presente decreto en derecho consagrado en este artículo y para los hijos menores hasta cuando se emancipen o cumplan la mayor edad».

11. «Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre prestaciones sociales del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, Agentes, Soldados, Grumetes y Personal Civil del Ministerio de Defensa y Servidores de las entidades adscritas o vinculadas a éste».

12. «Por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias pro tēpore para reformar los estatutos y el régimen prestacional del personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y Civiles del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; y establece el régimen de la vigilancia privada».

13. «Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares»

14. «Por medio de la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las fuerzas militares y de policía nacional».

15. Artículo 1.

16. «Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de soldados Profesionales de las Fuerzas Militares».

17. El cual fue derogado por el Decreto 4433 de 2004.

18. También derogado por el Decreto 4433 de 2004.

19. Artículo 1.

20. Artículo 17. Facultades extraordinarias. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese por seis (6) meses al Presidente de la República de facultades extraordinarias para:

[...]

3. Expedir normas con fuerza de ley para reformar los regímenes pensionales propios de las Fuerzas Militares y de Policía y DAS de conformidad con los artículos 217 y 218 de la Constitución Política.

21. Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares

22. Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.

23. Gaceta del Congreso núm. 578 del 28 de septiembre de 2004. Informe de ponencia para primer debate al proyecto de Ley 024 de 2004, Cámara. Página 3.

24. Ibidem.

25. Sentencia C-1054 de 2004.

26. Sentencia C-126 de 2000.

27. 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

28. 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

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

30. El Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, mediante sentencia de 8 de junio de 2017, expediente 0686-10, C.P. 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”.

31. Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 8 de junio de 2017. M.P. César Palomino Cortés. Expediente 11001-03-25-000-2010-00065-00.

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

33. «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».

34. «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».

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, Demandante: Julio Cesar Benavidez Borja, Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, C.P. William Hernández Gómez.

36. «Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública».

37. Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

38. Artículo 5 del Decreto 1161 de 2014.

39. Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

40. El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

41. T-530 de 2002, T-119 de 2001, T-540 de 2000, T-117 de 2003, C-1110 de 2001.

42. Por el cual se modifica la caja de vivienda militar y se dictan otras disposiciones.

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

44. 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.

45. Véase la sentencia del 6 de febrero de 2020, expediente 1942-15, consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

46. Folio 202

47. Folios 203 – 204

48. Folio 22

49. Folio 27

50. 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, Demandante: Julio Cesar Benavidez Borja, Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, C.P. William Hernández Gómez.

51. T-530 de 2002, T-119 de 2001, T-540 de 2000, T-117 de 2003, C-1110 de 2001.

52. T-587 de 2006.

53. Ibidem.

54. Por el cual se modifica la caja de vivienda militar y se dictan otras disposiciones.

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

56. Decreto 1790 de 2000, Ley 1104 de 2006, Ley 180 de 1995

57. Decreto 1790 de 2000, modificado parcialmente por la Ley 1104 de 2006, artículos 11 y siguiente.

58. Para el caso de la Policía, las normas pertinentes están contenidas en el Decreto 1791 de 2000.

59. “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: 2025-06-17 18:25:30