



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR  
Valledupar, veinte (20) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

REF.: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE CARÁCTER LABORAL -APÉLACION SENTENCIA  
DEMANDANTE: SAÚL CALDERÓN MEDINA  
DEMANDADA: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL)  
RADICACIÓN: 20-001-33-33-001-2017-00292-01  
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, contra la sentencia de 13 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Valledupar, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

Pretensiones. El demandante solicita que se declare la nulidad del acto administrativo 2017-3707 de 6 de febrero de 2017, expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL), mediante el cual negó el reajuste del porcentaje de la partida de subsidio familiar que se viene liquidando en su asignación de retiro.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a reajustar el porcentaje de la partida de subsidio familiar que se le está computando en la asignación de retiro, esto es: del 18,75% al 62,5% de la asignación básica, porcentaje que tenía reconocido al momento del retiro del servicio activo.

Que se ordene el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre el reajuste solicitado y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro hasta la fecha en que sea reconocido el derecho.

Que además se condene a la entidad accionada al pago de los intereses moratorios desde el momento en que se generó el derecho de la asignación de retiro, en la forma señala en los artículos 192 y 195 del CPACA, a dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 ibídem, y al pago de costas y agencias en derecho.

Hechos. Indica que el soldado profesional SAÚL CALDERÓN MEDINA, prestó sus servicios profesionales en el Ejército Nacional por espacio de 20 años.

Que de conformidad a lo establecido en el artículo 11 del Decreto 1794 mediante Orden Administrativa de Personal el Comando del Ejército Nacional, le reconoció y pagó una partida de subsidio familiar, que al momento del retiro correspondía al 62.5% de la asignación básica.

Sostiene que previo el cumplimiento de los requisitos exigidos en la Ley 923 de 2004 y el Decreto Reglamentario 4433 de 2004, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante Resolución No. 1120 de 9 de febrero de 2015, le reconoció asignación de retiro.

Señala que en la liquidación de la asignación de retiro, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014, le viene computando la partida subsidio familiar, en un porcentaje del 18,75% de la asignación básica, correspondiendo a un 30% de lo que tenía reconocido al momento del retiro que era del 62,5% de la asignación básica.

Aduce que el legislador dejó establecido en el artículo 13.1.7 del Decreto 4433 de 2004, que el subsidio familiar será computado en la liquidación de las asignaciones de retiro en el porcentaje que se tenía reconocido al momento del retiro.

Afirma que mediante derecho de petición radicado el 25 de enero de 2017, solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, el incremento del porcentaje de la partida del subsidio familiar que se viene computando en la liquidación de la asignación de retiro del 18,75% al 62,5% de la asignación básica, petición que fue negada a través del acto demandado.

Normas violadas y concepto de la violación. Considera que con el acto acusado se han trasgredido los artículos 1, 4, 13, 42 y 53 de la Constitución Política, los artículos 2 y 2.7 de la Ley 923 de 2004, y los artículos 2,5 y 13.1.7 del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004. Pues considera que la entidad demandada le está dando un trato inequitativo respecto a los oficiales, suboficiales, agentes de policía y civiles que prestan sus servicios al Ministerio de Defensa, al no computar la partida de subsidio familiar en el porcentaje que tenía reconocido al momento de su retiro del servicio activo.

Considera que no incluir la partida del subsidio familiar en la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, en el porcentaje que tenían reconocido al momento del retiro del servicio, afecta de forma directa el mínimo vital con el cual debe mantener a su familia, afectando la calidad de vida de su núcleo familiar contraviniendo la protección especial que el constituyente estableció en favor de esta.

Providencia recurrida. El Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, mediante sentencia proferida el día 13 de marzo de 2019, declaró probadas las excepciones denominadas *"Legalidad de las actuaciones, correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro, existencia del reconocimiento e inclusión del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro. No configuración de violación al derecho a la igualdad, efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares"*. Y negó las pretensiones de la demanda.

Para adoptar la anterior decisión argumenta que analizado el acervo probatorio en armonía con los precedentes judiciales, se llega a la conclusión inequívoca que al actor le asiste el derecho que le sea incluida dentro de su asignación de retiro la partida de subsidio familiar, situación ésta que se encuentra plenamente demostrada en el plenario; no obstante, se debe ahora determinar el porcentaje en el que este debe ser reconocido, es decir, si le asiste razón al apoderado judicial del demandante al solicitar que se deba reajustar el porcentaje al 62.5% de la asignación básica o si por el contrario se encuentra dentro de la normatividad aplicable alguna disposición que indique en el que este ha sido debidamente liquidado.

Señala que el artículo 1º del Decreto 1162 del 24 de junio de 2014, al ser una disposición especial y posterior a lo reglamentado en el Decreto 4433 de 2004,

debe ser íntegramente aplicada en el caso en concreto, y que fue plenamente cumplida por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, tal como se puede evidenciar en la Resolución 1120 del 9 de febrero de 2015, en la que se ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro a favor del señor SAÚL CALDERÓN MEDINA en cuantía del 70% del salario mensual adicionado con un 38,50% de la prima de antigüedad y el 30% del subsidio familiar devengado en actividad; arrojando así, los valores contenidos en la certificación de las partidas computables expedida por CREMIL.

Así las cosas, en este caso no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, en cual por el contrario, se encuentra que fue expedido de conformidad con la ley que regula la materia, lo que genera como consecuencia que se desestimen las pretensiones de la demanda, como en efecto se ordenará, y conlleva además a que este despacho quedé relevado de pronunciarse del resto de las excepciones planteadas.

Recurso de apelación. El apoderado de la parte demandante, interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, sustentándolo de la siguiente manera.

Considera que el juzgado al negar las pretensiones de la demanda incurre en error, al no considerar la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad frente al artículo 1º del Decreto 1162 del 24 de junio de 2014, toda vez que con su aplicación en la liquidación de la asignación de retiro se está generando un tratamiento desigual y discriminatorio, frente no solo de los oficiales y suboficiales si no entre los mismos soldados profesionales, con violación del derecho a la igualdad.

Es así como, frente a los oficiales y suboficiales, que de conformidad con el artículo 13.1.7 del Decreto 4433 de 2004, se les tiene en cuenta el subsidio familiar en el 100% de lo que tenía reconocido al momento del retiro. Respecto de los soldados profesionales entre sí, a quienes se les reconoce el subsidio familiar de conformidad a lo dispuesto en el Decreto 1161, a los cuales en la liquidación de la asignación de retiro se les adiciona directamente el 70% de lo que tenían reconocido al momento del retiro del servicio activo.

En relación con los soldados a los cuales se les reconoció el subsidio familiar de conformidad al artículo 11º del Decreto 1794 y que al momento del retiro no se les reconoce esta prestación como partida computable. Estos soldados a través de sentencia del Consejo de Estado, Tribunales y Juzgados Administrativos se les ha reconocido el 62,5% de la asignación básica y en la liquidación de la asignación de retiro se les está reconociendo el 100%, de lo que les fue reconocido mediante providencia judicial (62,5%).

Ahora bien, los soldados dentro de los cuales se encuentra el demandante que al igual que el grupo anterior se les reconoció el subsidio familiar de conformidad al artículo 11 del decreto 1794 y al momento del retiro tenían reconocido el 62,5% de la asignación básica, y que de acuerdo al artículo 11 del Decreto 1162 el subsidio familiar se les tiene en cuenta como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro solo en un 30% de lo que tenía reconocido lo que viene a ser un 18,75% de la asignación básica.

Sostiene que el principio de favorabilidad indica que cuando coexistan normas laborales de distinto origen, que regulen una misma materia, y se aplican a la solución del mismo caso, en este evento se aplica la norma más favorable al trabajador.

Alega transgresión del principio de progresividad, explicado en que cuando se determina en el artículo 1 del Decreto 1162 que solamente se le tenga en cuenta en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales el 30% de lo que estaba percibiendo por concepto de subsidio familiar, se está contraviniendo al principio constitucional de no regresividad en lo que respecta a los derechos sociales, económicos y culturales.

Solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a reajustar el porcentaje de la partida subsidio familiar que se viene computando en la asignación de retiro del actor, del 30% de lo que venía percibiendo al 62,5% de la asignación básica mensual que tenía reconocido al momento del retiro del servicio activo, igualmente el pago efectivo e indexado de las diferencias que resulten del reajuste solicitado con aplicación de la prescripción cuatrienal.

Alegatos de conclusión. En esta oportunidad procesal solamente intervino el señor Agente del Ministerio Público, en cabeza del Procurador 47 Judicial II para Asuntos Administrativos, quien en su concepto No. 037 de 26 de agosto de 2019, manifiesta que atendiendo a los efectos de una sentencia de unificación del Consejo de Estado, esto es, obligatoria y vinculante para los operadores administrativos y judiciales, toda vez que se trata de una decisión del organismo autorizado para la interpretación de la ley formalmente considerada, esa agencia del Ministerio Público decide acogerla al no encontrar argumentos jurídicos de mayor trascendencia que puedan enfrentar esa posición que se aprecia razonable y ajustada a derecho.

Así, se tiene que el señor SAÚL CALDERÓN MEDINA, mientras estuvo en actividad venía percibiendo la prestación denominada "subsidio familiar" y al momento de la cuantificación de su asignación de retiro, solo se tuvo en cuenta el 30% de esa prestación, con fundamento en el artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

Por tanto, el acto administrativo impugnado se encuentra conforme con el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia aplicable al caso, pues, al haber adquirido el demandante el derecho a la asignación de retiro con posterioridad al mes de julio del año 2014, según se deriva de la Resolución No. 1120 de 9 de febrero de 2015, debía incluirse, como se hizo, el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, en el porcentaje del 30%, ya que al momento de su retiro estaba devengando esa prestación regulada en el Decreto 1794 de 2000.

Por lo anterior, conceptúa que debe confirmarse la sentencia recurrida.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 13 de marzo de 2019, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Valledupar, que negó las pretensiones de la demanda, recurso que se fundamenta, en que, en el presente caso el demandante tiene derecho a que se le reajuste el porcentaje de la partida subsidio familiar que se le viene computando en la asignación de retiro, pasando del 18.75% de la asignación básica al 62.5% que tenía reconocido al momento de su retiro del servicio, en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad frente al artículo 1º del Decreto 1162 de 2014, y a los principios de igualdad y favorabilidad en materia laboral.

1. Subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro.

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 21 de 1982, el subsidio familiar se concibió como una prestación social que tendría la finalidad de aliviar las cargas del sostenimiento de la familia, pagadera en dinero, especie y servicios para aquellos trabajadores de medianos y menores ingresos, su pago sería proporcional al número de personas a cargo y su finalidad (artículo 1), pero no constituiría salario ni se tendría como factor del mismo para ningún efecto (artículo 2).

Debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional, en sentencia C- 508 de 1997, sostuvo que el subsidio familiar ostenta una triple condición: la de prestación legal de carácter laboral, la de mecanismo de redistribución del ingreso y la de función pública desde la óptica de la prestación del servicio. Se tiene entonces, que se trata de una prestación social cuya finalidad, es solventar las cargas económicas del trabajador beneficiario, con el objetivo fundamental, de proteger de manera integral a la familia como núcleo básico de la sociedad.

Para los soldados solo se concibió esta prestación hasta la expedición del Decreto 1794 de 2000, que le confirió a los soldados que se incorporaran como profesionales, la posibilidad de devengar un subsidio familiar durante el servicio, en los siguientes términos:

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

Posteriormente, el Presidente de la República expidió el Decreto 3770 de 2009, el cual derogó la anterior disposición, y con ello, los soldados profesionales perdieron el derecho a percibir el subsidio familiar. Sin embargo, esta norma contempló un régimen en materia de subsidio familiar, bajo el siguiente literal:

*“Artículo 1. Derógase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000.*

*PARÁGRAFO PRIMERO. 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.*

*PARÁGRAFO SEGUNDO. Aclárese que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual”.*

Es de anotar que el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009 fue declarado nulo por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, en

providencia del 8 de junio de 2017<sup>1</sup>, con lo cual revivió el artículo 11 del Decreto 1194 de 2000 que consagraba el derecho al subsidio familiar para los soldados profesionales casados o en unión libre.

No obstante, en aras de eliminar la situación de desigualdad creada a los soldados profesionales, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1161 de 2014, mediante el cual, se crea nuevamente el subsidio familiar a partir del 1 de julio de 2014, para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales que no lo percibían a la luz de los Decretos 1794 de 2000 y 3700 de 2009 y se establece, que dicha partida será tenida en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro, así:

*“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*

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de junio de 2017, radicación: 110010325000201000065 00(0686-2010), actor: Fundación Colombiana Sentimiento Patrio de los soldados e infantes de Marina Profesionales «SEDESOL».

los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, no tendrán derecho a percibir el subsidio familiar que se crea en el presente decreto.

(...)

*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.*

Propugnando por la igualdad de los Soldados Profesionales, se expidió igualmente el Decreto 1162 de 24 de junio de 2014, por el cual, se establece para los Soldados Profesionales 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 también el subsidio familiar como partida computable para el reconocimiento de la asignación de retiro, así:

*“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”.*

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

- Salario mensual: en los términos del artículo 1 del Decreto Ley 1794 de 2000, esto es:
- Prima de antigüedad: en porcentaje del 38.5%, según lo previsto por el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.
- Subsidio familiar en porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud, de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

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

De lo anterior, es del caso concluir que los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir del 1º 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% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

La anterior conclusión es la misma expuesta recientemente por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación de fecha 25 de abril de 2019<sup>2</sup>, Consejero Ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, fijando las siguientes reglas:

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

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

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

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

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

*(...)*

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

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

## 2. Caso concreto.

De lo probado en el presente asunto:

<sup>2</sup> Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Radicación: 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016) Demandante: JULIO CÉSAR BENAVIDES BORJA Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.



- El señor SAÚL CALDERÓN MEDINA, se vinculó al Ejército Nacional como Soldado regular el 14 de enero de 1994 (fls. 1 y 42 reverso).
- Al terminar su servicio militar, fue vinculado como soldado voluntario del Ejército Nacional a partir del día 1 de julio de 1995 y desde el 1 de noviembre de 2003 pasó a ser soldado profesional, categoría militar en la cual se mantuvo hasta la fecha de su retiro el 31 de diciembre de 2014.
- De conformidad con la hoja de servicios Nro. 3-91108530 de 21 de enero de 2015, el demandante devengó en actividad un subsidio familiar equivalente al 4% del Salario Básico, más el 58.50% de la prima de antigüedad y seguro de vida subsidiado (fls. 1 y 42 reverso).
- Mediante Resolución No. 1120 de 9 de febrero de 2015, se ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro a favor del señor SAÚL CALDERÓN MEDINA, a partir del 31 de marzo de 2015, con los siguientes porcentajes y partidas computables:
  - *En cuantía del 70% del salario mensual (decreto 2731 de diciembre 30 de 2014) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000).*
  - *Adicionado con un treinta y ocho punto cinco (38.5 %) de la prima de antigüedad, de conformidad con lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1° del Decreto 1162 de 24 de junio de 2014.*
- Mediante petición radicada el 25 de enero de 2017, el señor SAÚL CALDERÓN MEDINA solicitó a CREMIL el reajuste de la partida subsidio familiar que se viene computando en la asignación de retiro, para que se tuviera en cuenta el porcentaje devengado en actividad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5 y 13 del Decreto 4433 de 2004.
- Mediante oficio No. 2017-3707 de 6 de febrero de 2017, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de CREMIL, atendió desfavorablemente la anterior petición de reajuste.

Conforme a lo anterior, se tiene que el demandante cumplió los requisitos para la asignación de retiro y se retiró del servicio en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, esto es a través de la Resolución de fecha 9 de febrero de 2015, por lo cual estaríamos en la hipótesis contemplada en la regla 2 fijada en la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado<sup>3</sup>, de la cual se hizo referencia en el acápite anterior, según la cual, para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con posterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar se incluirá como partida computable en dicha prestación, en el porcentaje del 30% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

Así entonces, para el caso concreto del demandante al momento de ser retirado del servicio, para computar el monto de la asignación de retiro, se debió tener en

<sup>3</sup> Sentencia de unificación de fecha 25 de abril de 2019, Consejero Ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

cuenta el 30% de lo percibido en servicio activo por concepto de subsidio familiar, por resultarle aplicable el Decreto 1162 de 2014. En tanto, una vez revisada la Resolución 1120 de 2015, por medio de la cual se le reconoció al demandante una asignación mensual de retiro, se aprecia que la misma se ajustó a la normatividad vigente, dado que para liquidar la asignación se tuvo en cuenta, además de la asignación básica y la prima de antigüedad, el 30% del subsidio familiar devengado en actividad. Por lo cual no hay lugar a ordenarle a CREMIL liquidar la prestación del demandante con inclusión del incremento solicitado para este emolumento.

Finalmente, se debe precisar que no resulta procedente aplicar al demandante el numeral 13.1.7 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 e inaplicar el artículo 1° del Decreto 1162 de 2014, por cuanto a la luz del juicio integrado de igualdad, decantado por el Consejo de Estado, el trato diferenciado entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares no vulnera el derecho a la igualdad de aquellos, toda vez que se presentan elementos diferenciadores, entre los que se destacan, las tareas, las responsabilidades, los deberes propios de cada uno de los cargos, el grado que ostenta y las cotizaciones que realizan, por lo que mal podría considerarse que existe un factor arbitrariamente diferenciador, al no tratarse de funcionarios equiparables.

En respaldo de lo anterior, se hace necesario traer a colación lo que en la sentencia de unificación que viene siendo analizada<sup>4</sup> y que constituye precedente de obligatorio cumplimiento para esta Corporación, se dijo respecto de este tema de la siguiente manera:

*“Para dilucidar el asunto, debe darse aplicación al análisis que se efectuó al momento de definir las partidas computables para la asignación de retiro, así como a la sentencia C-057 de 2010, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró exequible los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994/179 y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005/180, al concluir que la diferencia entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados se encontraba justificada por las siguientes razones:*

*i). Los sujetos pertenecen a grupos jurídicamente diferenciados que responden a una naturaleza funcional distinta. Los oficiales ejercen la conducción y mando; los suboficiales cumplen las funciones de apoyo de los oficiales y por su parte, los soldados ejecutan las decisiones de los comandantes.*

*ii) La jerarquía militar es un criterio objetivo para diferenciar a los distintos grupos de miembros de la Fuerza Pública.*

*iii). Las diferentes categorías se encuentran en situaciones de hecho disímiles, por lo que no puede predicarse vulneración del derecho a la igualdad.*

*Las consideraciones de la Corte se aplican en su integridad en el presente análisis, como quiera que, si bien, el porcentaje de liquidación de la asignación de retiro es diferente para los oficiales y suboficiales y para los soldados profesionales, también lo es que estos no se encuentran en la misma situación de hecho, por lo que no puede exigirse que las prestaciones de los dos grupos de militares se regulen en las mismas condiciones, porcentajes o montos. Ello toda vez que: i) pertenecen a diferentes*

<sup>4</sup> Ibidem (Rad. 1701-2016).

*categorias dentro de la jerarquía militar, distinción que por demás es constitucionalmente válida y ti) los porcentajes y partidas sobre las cuales realizan cotizaciones son diferentes”.*

En este orden de ideas, 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.

A igual consideración se llega, respecto de la situación 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. Pues, a voces del máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa, esta diferencia de trato está constitucionalmente justificada en aplicación del principio de progresividad, el cual admite que 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.

Al respecto, el Consejo de Estado<sup>5</sup> concretamente, adujo:

*De esta manera, se observa que existe una razón suficiente para un trato jurídico desigual dada por el principio de la progresividad<sup>157a</sup> 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.*

Por todo, es preciso indicar que el principio de favorabilidad que alega el actor para reclamar la prosperidad de sus pretensiones, no es aplicable al presente asunto, toda vez que la norma aplicable a los Soldados Profesionales en lo relativo al subsidio familiar en las asignaciones de retiro, es lo suficientemente clara en la determinación del porcentaje aplicable, sin que haya lugar a duda en su interpretación.

Cosa distinta, es que se pretenda obviar la existencia de una norma (Decreto 1162 de 2014), para darle aplicación a otra que regula una situación jurídica diferente como lo es la del personal de oficiales y suboficiales del Ejército Nacional. A lo cual si bien, esta jurisdicción venía accediendo, ello se dio como consecuencia de la ausencia de disposición normatividad que consagrara tal beneficio, pero al existir actualmente en el ordenamiento jurídico dicha prerrogativa, y una posición

<sup>5</sup> SUJ-015-CE-52-2019.

unificada del Consejo de Estado, a estas es que se debe acudir para su reconocimiento, tal y como en efecto lo realizó la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y no a una diferente como lo pretende el actor.

Por las razones que anteceden se confirmará la sentencia de primera instancia, que negó las pretensiones del demandante, tendientes a obtener que se compute en la asignación de retiro la partida subsidio familiar en el porcentaje devengado en servicio activo.

No habrá condena en costas en esta instancia, por no haberse probado su causación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### FALLA

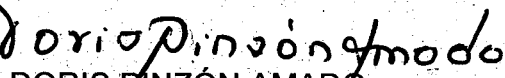
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida el día 13 de marzo de 2019, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, que negó las pretensiones de la demanda presentada por el señor SAÚL CALDERÓN MEDINA, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No. 110.

  
DORIS PINZÓN AMADO  
Magistrada

  
JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA  
Magistrado

  
CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA  
Magistrado