

Fols: 22-34
c: 2



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 079/2017
SALA DE DECISIÓN No. 2

SIGCMA

RECEBIDO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN No. 2

Cartagena de Indias D.T y C., diecinueve (19) Diciembre de Dos Mil Diecisiete (2017)

Acción	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado	13-001-33-33-001-2015-00054-02
Demandante	HUMBERTO JOSÉ PADILLA CAMPIZ
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Reajuste de asignación de retiro soldado voluntario Subsidio familiar – violación al derecho a la igualdad Reliquidación de la Prima de antigüedad conforme el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

I. PRONUNCIAMIENTO

Incumbe a la Sala, resolver la apelación interpuesta, por la parte demandada, contra la sentencia del 17 de Agosto de 2016, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se declaró la nulidad del acto administrativo acusado y se ordenó reliquidar la asignación de retiro incluyendo el subsidio familiar como partida computable y aplicando el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por HUMBERTO PADILLA CAMPIZ, por conducto de apoderado judicial.

2.2. Demandado

La acción está dirigida en contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL.



2.3. La demanda¹.

La presente acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue instaurada por el señor HUMBERTO JOSÉ PADILLA CAMPÍZ, por conducto de apoderado judicial, con el objeto que se declare la nulidad del acto administrativo oficio No. 87453 de fecha 12 de noviembre de 2014, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago del incremento del salario mínimo mensual legal vigente del 40% al 60%, por indebida aplicación del inciso segundo del Artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, la reliquidación del 70% de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y mediante el cual negó el reconocimiento, pagó e inclusión del subsidio familiar y la Prima de navidad.

Como consecuencia de la anterior, solicita las siguientes declaraciones.

2.4. Pretensiones

"PRIMERO: Se declare la Nulidad de la decisión tomada mediante oficio No. 87456 de fecha 12 de noviembre de 2014, firmado por Everardo Mora Poveda- Jefe Oficina Asesora de Jurídica, mediante el cual negó el reconocimiento y pagó del incremento del s.m.m.l.v del 40% al 60%, por indebida aplicación del inciso segundo del Artículo 1º del decreto 1794 de 2000; la reliquidación del setenta (70%) de la asignación de retiro de conformidad el artículo 16 del decreto 4433 de 2004; y mediante el cual negó el reconocimiento, pagó e inclusión en la liquidación de la resolución de asignación de retiro de la PRIMA DE NAVIDAD de conformidad con el DECRETO 4433 de 2004 Art. 13 numeral 13.1.8. y mediante el cual negó el reconocimiento, pagó e inclusión en la liquidación de la resolución de asignación de retiro del SUBSIDIO FAMILIAR de conformidad con el DECRETO 4433 de 2004 Art. 13 numeral 13.1.7."

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se CONDENE a LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES Al (sic) reconocimiento y pago a favor del DEMANDANTE al pago de los dineros indexados junto con los interés de ley, desde la fecha del reconocimiento de la asignación de retiro hasta la fecha de la actualización del pago total de la obligación:

1. La reliquidación del setenta (70%) de la asignación de retiro de conformidad a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.
2. El reajuste de la asignación de retiro del cuarenta (40% al sesenta (60%) por ciento de conformidad con el Inciso segundo del Artículo 1º del decreto 1794 de septiembre 14 de 2000
3. La inclusión y reliquidación del SUBSIDIO FAMILIAR en la asignación de retiro de conformidad con el DECRETO 4433 de 2004 Art. 13 numeral 13.1.7."

¹Folios 14-29 Cuaderno No. 1



2.5. Hechos

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la parte demandante expone los siguientes:

El accionante ingresó al ejército nacional en condición de Soldado Regular; vinculado a la institución por más de 20 años, recibiendo una asignación de retiro mediante Resolución No. 5731 de 26 de junio de 2014.

Indica la parte demandante que la mencionada resolución de liquidación de la asignación de retiro se hizo con base en un salario mínimo mensual legal vigente más el 40%, vulnerando lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1794 de 14 de septiembre de 2000, puesto los saldados que a 31 de diciembre de 2000, ostentaban la calidad de voluntarios, la asignación salarial mensual se debe liquidar con base en el salario mínimo mensual legal vigente más el 60%.

Explica que mediante oficio No. 11860 de 22 de octubre de 2014 el demandante radicó derecho de petición, solicitando, (i) la reliquidación del salario mínimo mensual legal vigente, más el 60% en la asignación de retiro, (ii) la reliquidación de la asignación de retiro del 70%, conforme lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; (iii) la inclusión del subsidio familiar como una partida computable de su asignación y (iv) la duodécima parte de la prima de navidad; siendo negadas sus solicitudes mediante oficio No. 87453 de 12 de noviembre de 2014.

2.6. Normas Violadas y Concepto De Violación

Constitución Política : Artículos 2, 4, 6, 13, 29,53
Ley 131 de 1995
Decreto 4433 de 2004
Decretos 1793 y 1794 de 2000

El concepto de la violación es planteado por el accionante de la siguiente forma:

Explica que en un Estado Social de Derecho como es Colombia, el cual es una forma de organización estatal encaminada a realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional, no es



admisible que el mismo Estado desconozca un derecho legítimo y adquirido, como el que para el efecto ostenta, consistente en que se le liquide y pague su asignación de retiro, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados por él, durante el año inmediatamente anterior al adquirir su status de retirado, tal y como lo ordenan las normas aplicables al caso y no como lo realizó la entidad encargada de ello.

Reitera el demandante indicando que la violación a los cánones constitucionales se configura en el acto administrativo demandado, en tanto en su parte considerativa como en la resolutive, se desconoce el derecho legítimo que tiene de percibir su pensión teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados, durante el año inmediatamente anterior al de adquirir sus status pensional, quebrantando sin duda alguna los mandatos constitucionales que contempla el respecto a los derechos adquiridos en legal forma. Lo anterior, es una violación y un desconocimiento de los derechos constitucionales, en cuanto con la decisión tomada por la administración se afecta el mínimo vital, además que desconoce la realidad sobre las meras formalidades.

En lo atinente a la nulidad del acto administrativo por violación al principio de igualdad, es menester manifestar lo siguiente: es bien conocido que el derecho a la igualdad tiene diferentes connotaciones en nuestro ordenamiento jurídico, pues este es, tanto un principio, un valor y un derecho de todos los ciudadanos. Entonces, el derecho a la igualdad se traduce en la identidad de trato que debe darse a aquellas personas que se encuentren en una misma situación de igualdad y en la divergencia de trato respecto de las que presenten características diferentes. El legislador debe tratar con identidad a las personas que se encuentren en una misma situación fáctica y dar un trato divergente a quienes se encuentren en situaciones diversas.

En el caso sub-examine, la vulneración a este mandato se concreta en el hecho palpable de que no se le haya tenido en cuenta al momento de liquidar su asignación de retiro, prestaciones que este devengó tales como el subsidio familiar, duodécima parte de las primas de navidad de servicio anual de vacaciones y demás prestaciones sociales, bonificaciones y prebendas que constituían salario; situación está que no encuentra soporte jurídico alguno, siendo contraria al mandato constitucional en comento, que acarrea como consecuencia que frente a esta actuación se inaplique por inconstitucional el parágrafo del artículo 13 del decreto 4433 del 2004.



El trabajo al ser considerado como una obligación social que goza de especial protección del Estado; puesto que así lo estableció el Constituyente de 1991, es entonces, claro y siguiendo esa línea de pensamiento, por lo que el mismo constituyente primario consagró desde el Preámbulo de la Carta el deber del Estado de asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia y la igualdad; así como el conocimiento, la libertad y la paz, valores que fueron refrendados en el artículo 1 de la Constitución, al disponer que Colombia como Estado la desigualdad que se presenta, no es racional, lógica y muchos menos constitucional, toda vez que, como fue expuesto en acápites precedentes, el subsidio familiar ha sido reconocido a la largo de la historia legislativa, como un beneficio a los sectores más pobres de la población, prevalentes en núcleos sociales de especial sujeción, donde se observa, que el trato diferenciado de los oficiales suboficiales y los soldados profesionales, no contiene una finalidad u objeto constitucional razonable, al encontrar que estos últimos son a quienes, en primera medida, debería ser dirigida la prestación social en comento, no encontrando razón alguna, para que se excluya este emolumento, como factor liquidatario de la asignación de retiro de los mencionados soldados profesionales.

2.7. Contestación de la Demanda²

En lo que se refiere al cómputo del salario base de los Soldados Profesionales como partida computable para el reconocimiento de asignación de retiro, se encuentra que lo siguiente:

(i) Que El artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 estipula que a los Soldados Profesionales que consoliden el derecho se les pagará una Asignación de Retiro equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1 del Artículo 13 del mismo decreto, (ii) Que El numeral 13.2.1 del Artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 estipula que el Salario Mensual de los Soldados Profesionales se establece de acuerdo a los términos del inciso primero, del Artículo 10 del Decreto 1794 de 2000 y (iii) Que el inciso primero del artículo 11 del decreto 1794 de 2000 establece que los soldados Profesionales devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo Salario.

De conformidad con este artículo, la entidad viene aplicando la fórmula $AR = 70\%$

²Folio 52-61 Cuaderno No. 1



((SM)+38.5% (PA)) en la cual:

AR: Asignación de retiro.

SM: Salario mensual en los términos del Decreto ley 1794 de 2000.

PA: Prima de antigüedad.

Manifiesta la demandada que las decisiones tomadas por la entidad se ajustan a derecho por cuanto se basaran en la Normatividad vigente y aplicable para la fecha de retiro de los convocantes.

Por último resalta, que la CREMIL tiene como objeto el reconocimiento de las asignaciones de retiro del personal de oficiales, suboficiales y soldados profesionales e Infantes de Marina, para lo cual aplican las disposiciones especiales vigentes para cada uno de ellos y a partir de al expedición de una hoja de servicios, en donde consta toda la información relacionada con el tiempo de servicio y el salario devengado, para fines prestacionales, documento que se constituye en la pieza idónea para el reconocimiento de asignación de retiro por parte de la entidad en los términos de los artículo 234 y 235 del Decreto Ley 1211 de 1990.

Siendo la hoja de servicios militares expedida por el Ministerio de Defensa, con su respectiva aprobatoria, es el documento idóneo e indispensable para el reconocimiento de la asignación de retiro por parte de la Caja, por lo tanto, la entidad está sujeta a la expedición y aporte de dicho documento para el reconocimiento de la correspondiente prestación.

Concluyendo, que en la hoja de servicios militares correspondiente al actor, expedida por el Ministerio de Defensa, no se encuentra incluido el subsidio familiar, la prima de navidad, el 4% de la prima de antigüedad, o cualquier otro concepto, prima, bonificación, subsidio, auxilio, o compensación dentro de la asignación de retiro, a la cual hace mención el accionante.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³

La Juez de primera instancia con relación a la modificación de las partidas computables para determinar la asignación de retiro, específicamente la asignación básica que devengó en actividad; al respecto se advierte que la entidad demandada carece de competencia para modificar las asignaciones

³Folio 169-181



salariales, pues conforme a lo previsto en el artículo 3 de la Ley 923 de 2004; su labor se circunscribe a la administración de aportes, reconocimiento y pago de asignaciones de retiro a la administración de aportes, reconocimiento y pago de asignaciones de retiro y de sus sustituciones, así como de la inversión, manejo y control de los recursos correspondientes.

Deduciendo que la competencia de la demanda se restringe a la liquidación de las asignaciones de retiro, concluyendo que se encuentra probada la falta de legitimación de CREMIL, en cuanto a que la pretensiones viene encaminada a la reliquidación su asignación de retiro para efectos de modificar su asignación básica, conforme lo dispone el artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

Con relación a la pretensiones relativa a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, inaplica el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, por resultar violatorio del principio de igualdad, al excluir de un beneficio prestacional a quienes ocupan el nivel más bajo en jerarquía, grado y salario dentro de la estructura de las Fuerza Militares, siendo el sector que en realidad lo necesita, en consecuencia, reconoce el derecho del demandante a que su asignación de retiro sea reliquidada incluyendo como partida computable para tales efectos el subsidio familiar que devengó en actividad.

En lo relativo a la inclusión de la prima de navidad como partida computable para la asignación de retiro, consideró que no existe identidad entre todos los miembros de la fuerza pública y en particular entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales, existiendo diferencias, entre su formación, entrenamiento entre otros, por lo que, concluye que las diferencias entre esos dos grupos, justifica un tratamiento diferenciado y por tanto, tal circunstancia no comporta en sí misma una violación al derecho a la igualdad.

Por último, en lo que respecta a la forma como la demandada efectuó el cálculo de la asignación de retiro del accionante, esta se aparta de la interpretación correcta del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, trayendo como consecuencia, que la prima de antigüedad liquidada sobre el sueldo básico se le aplicara el 70%, lo cual según lo afirmado por el Consejo de Estado carece de soporte legal, la indebida interpretación de la norma en cita, conllevó a la determinación de una asignación inferior a la que tiene derecho.



IV. RECURSO DE APELACIÓN

CREMIL4: Solicita se revoque la sentencia de primera instancia, en cuanto a la inclusión del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro, pues frente al caso específico de los soldados Profesionales, el reconocimiento de dicha asignación se sujeta a lo dispuesto en el artículo 16 del decreto 4433 de 2004 y de lo establecido en la hoja de servicios militares del actor, por lo que la inclusión del subsidio familiar contraria flagrantemente la normatividad vigente.

Indica que solamente a partir de la Ley 923 de 2004 y su decreto reglamentario 4433 del mismo año, se le dio la oportunidad a los soldados profesionales de acceder a una asignación de retiro, modificándose sustancialmente lo establecido sobre el particular contenido en los Decretos 1793 y 1794 de 2000; dicha norma se constituye entonces, en una disposición de carácter especial que prima sobre las demás normas generales y deroga las normas especiales que le fueran contrarias; por consiguiente, al revisar la norma, se encuentra que para efectos del reconocimiento de asignación de retiro, en forma taxativa se consagraron los parámetros, condiciones y porcentajes, que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento, dentro de los cuales no se encuentra el subsidio familiar.

Respecto a la liquidación de retiro cita el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, que reza:

"(...) 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".

Frente a este aspecto enfatizó que encuentra clara la norma que indica que el soldado profesional tiene derecho a que se le pague asignaciones mensuales de retiro, así:

Salario Básico = SMLMV (100% + (INCREMENTO EN UN 40%) = 140%

Prima de antigüedad = 38.5%

Asignación de Retiro: 70% = (Sueldo Básico + 38.5% de Prima de Antigüedad)

⁴Folios 183-189 Cuaderno No. 1



Por consiguiente, siguiendo la uniformidad y secuencia de la norma, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al setenta por ciento (70%) de: Salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como ha estado aplicando.

De otra parte, citó lo dicho por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección "C", en sentencia del 20 de Septiembre de 2013, Rad. No. 11001333503020120008601, Demandante: Edgar Orlando Mora Acosta, Demandado: CREMIL, M.P. Amparo Oviedo Pinto, así:

"significa lo anterior, que los aportes sobre la prima de antigüedad para quienes están a tiempo de obtener la asignación de retiro y durante los últimos 11 años, se hará sobre el 38.5% y este porcentaje es parte de la base de liquidación, mas no corresponde en su totalidad para liquidar el monto de la asignación.

Y en cuanto al monto a la cuantía de la asignación de retiro, el artículo 16 dispuso (...)

Es decir que el monto de la asignación, es la proporción de la asignación y al leer con detenimiento la citada disposición se precisa que dicho monto o cuantía de la asignación de retiro, es el setenta por ciento (70%) de la base de liquidación, que es la suma de los factores salariales a tener en cuenta en la asignación de retiro, o sea que sumados los dos factores base de liquidación: salario incrementado en el 40%, más el 38.5% de la prima de antigüedad, se liquidara el 70%, tal como lo hizo la Caja de Retiro de las Fuerzas Militare, en los folios 13 del expediente, en un sano entendimiento de las disposiciones leídas".

Finalmente solicita se revoque la sentencia los numerales segundo, tercero, cuarto y quinto y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda.

V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, por auto del 19 de diciembre de 2016⁵, mediante auto de 5 de mayo de 2017 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión⁶.

⁵ Folio 5 Cuaderno de 2ª Instancia

⁶Folio 10 Cuaderno de 2ª Instancia



VI. ALEGATOS Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

6.1. Parte Demandante: No alegó de conclusión.

6.2. Parte Demandada: No alegó de conclusión.

6.3. Ministerio Público⁷: El Agente del Ministerio Público rindió concepto de manera extemporánea, toda vez que tenía hasta el 6 de junio de 2017, para rendirlo y lo presentó el 12 de ese mes y año.

VII. CONSIDERACIONES

7.1 Control de Legalidad

Tramitada la segunda instancia, no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes.

7.2 Competencia.

El Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo, por tratarse del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con sentencia de primera instancia la cual fue apelada.

El estudio de la Sala, se contraerá solo y en cuanto respecta al objeto de la apelación.

7.3. Actos administrativos demandados.

- Nulidad del acto administrativo número 87453 de 12 de noviembre de 2014, en cuanto a la decisión de negar la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de su asignación de retiro y a la reliquidación de la prima de antigüedad en los términos del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

⁷Folios 12-17 Cuaderno de 2ª Instancia



7.4. Problema jurídico.

Atendiendo que en la sentencia se declaró la nulidad parcial del acto acusado y se ordenó la reliquidación de la asignación de retiro, incluyendo el subsidio familiar y el porcentaje de la prima de antigüedad, el centro de debate se contrae a determinar,

¿Resulta inconstitucional el régimen previsto para los soldados profesionales que excluye el subsidio de familiar como factor para computar su asignación de retiro?

¿Establecer si está debidamente liquidada la prima de antigüedad conforme lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004?

7.5 Tesis de la Sala

La Sala modificará la sentencia de primera instancia, en el sentido de inaplicar el parágrafo del artículo 13 del decreto 4433 de 2004⁸, que impide sea computable el subsidio familiar, por cuanto la inclusión del mencionado subsidio como factor de liquidación de la asignación de retiro de un soldado profesional, obedece a un correcto entendimiento del principio y derecho fundamental a la igualdad, y por ende la no inclusión de esta partida constituiría una transgresión a esta noción constitucional, por lo que se considera ajustado a derecho la reliquidación de la asignación de retiro del soldado profesional en uso de buen retiro, con una suma equivalente al: 70% del salario mensual dispuesto por el inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, más el subsidio familiar, que según las pruebas obrantes del expediente, correspondía a un porcentaje del 4% según se señaló ibídem y adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.

La anterior tesis se sustenta en los argumentos que se exponen a continuación y para solventar el mérito del sub examine, se hará alusión a los temas alegados en el proceso, a saber: (i) antecedente jurisprudencial y normativo sobre subsidio familiar y la prima de antigüedad, (ii) naturaleza jurídica del subsidio familiar, (iii) subsidio familiar para soldados profesionales, (ii) caso concreto; (iii) conclusión.

⁸PARÁGRAFO: - 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.



7.6. Antecedente jurisprudencial y normativo

7.6.1 Naturaleza jurídica del subsidio familiar

De acuerdo a lo señalado en los artículos 1º y 2º de la Ley 21 de 1982, el subsidio familiar se conceptúa como:

***“ARTICULO 1o.** El subsidio familiar es una prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de mediano 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.*

***PARÁGRAFO.** Para la reglamentación, interpretación y en general, para el cumplimiento de esta Ley se tendrá en cuenta la presente definición del subsidio familiar.”*

***“ARTICULO 2o.** El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso.”*

En este orden de ideas, el referido subsidio fue creado por la Ley, como una prestación social, que favorece a las personas de bajos ingresos, con destino a quienes dependen de ellas y con el fin de proteger la familia; este auxilio lo causan los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos, los hijastros, además, los hermanos huérfanos de padre y madre que vivan con el hermano mayor empleado público o particular⁹.

Esta es una prestación que surge del vínculo económico contractual entre patronos y trabajadores y es sufragado por las cajas de subsidio familiar, las cuales son personas jurídicas de derecho privado que cumplen funciones administrativas de seguridad social; las pautas normativas que tratan en general de esta prestación se consignan en la Ley 21 de 1982.

En torno a esta prestación, la H. Corte Constitucional se pronunciado a este tenor¹⁰:

“De este modo, el subsidio familiar opera en Colombia, como una prestación laboral, a cargo de los empleadores, mediante un sistema de recaudo y reparto a través de las cajas de compensación familiar. Se desenvuelve dentro del contrato de trabajo, como una prestación obligatoria, establecida en la ley con un componente de solidaridad orientado a brindar protección especial a los trabajadores de más bajos ingresos, en función de las personas que tengan a cargo.”

Así, ha dicho la Corte, el subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar.

⁹SATIZÁBAL PARRA Camilo, Manual Práctico para el Cobro de Prestaciones Sociales Oficiales, Quinta Edición, Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Pág. 12.

¹⁰Sentencia C 440 de 25 de mayo 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Exp. D-8330.



Inicialmente, el subsidio estuvo centrado en el componente monetario que se reconoce al trabajador, en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento. En esa dimensión, ha dicho la Corte, el sistema de subsidio familiar es un mecanismo de redistribución del ingreso.

Más adelante, se autorizó a las cajas de compensación el desarrollo de obras de beneficio social, lo cual les permitió diversificar su actividad, de manera que, además de la tarea de reparto del subsidio en dinero, incursionaran también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. Así, en sus componentes centrales, el sistema de subsidio familiar, tal como fue definido en la Ley 21 de 1982, comprende los siguientes aspectos:

En primer lugar, el subsidio familiar es "una prestación social pagadera en dinero, en especie y en 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".¹¹

De esa definición se desprenden tres modalidades de subsidio que son desarrolladas en la ley: en dinero, en especie y en servicios. El subsidio en dinero es "la cuota monetaria que se paga por cada persona a cargo que dé derecho a la prestación"¹²; el subsidio en especie es "el reconocimiento de alimentos, vestidos, becas de estudio, textos escolares, drogas y demás frutos o géneros diferentes al dinero que determine la reglamentación (...)"¹³, y el subsidio en servicios es "aquél que se reconoce a través de la utilización de obras y programas sociales que organicen las Cajas de Compensación Familiar (...)"¹⁴.

En la medida en que se trata de una prestación que se origina en el contrato de trabajo, la ley dispone que todos los empleadores, tanto del sector privado como del público, tienen la obligación de efectuar aportes para el subsidio familiar en el porcentaje legalmente establecido sobre la nómina mensual de salarios. El acceso a los beneficios, sin embargo, es diferenciado, puesto que el sistema opera como mecanismo de solidaridad, tanto entre trabajadores de distintos niveles salariales, como entre diferentes empleadores, que tiene como beneficiarios directos a los trabajadores de más bajos ingresos.

Así, en la actualidad, de acuerdo con la ley, tienen derecho al subsidio familiar en dinero los trabajadores cuya remuneración mensual no sobrepase los cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes, y que sumados sus ingresos con los de su cónyuge o compañero (a) no sobrepasen seis salarios

¹¹Ley 21 de 1982, art. 1º.

¹²Ley 21 de 1982, art. 5º.

¹³Ibid.

¹⁴Ibid.



mínimos. Así mismo, la ley también estableció la lista de personas a cargo de los beneficiarios que dan derecho a subsidio familiar en dinero¹⁵, entre quienes se incluyen los hijos hasta los 18 años (incluidos los hijastros), los hermanos hasta 18 años, que sean huérfanos, convivan y dependan económicamente del trabajador y demuestren escolaridad y los padres mayores de 60 años, que dependan económicamente del trabajador. Dispone la ley que son beneficiarios del subsidio familiar en especie y en servicios los trabajadores cuya remuneración mensual, fija o variable, no sobrepase los 4 salarios mínimos legales mensuales, incluyendo el (la) cónyuge del trabajador.

Como se puede apreciar, en sus lineamientos centrales, el sistema de subsidio estaba estructurado como un régimen de protección para los trabajadores bajo dependencia laboral y con niveles de remuneración bajos.

7.6.2. Del subsidio familiar para los soldados profesionales.

En lo concerniente a este auxilio en tratándose de los soldados profesionales, no fue sino hasta la expedición del Decreto 1211 de 1990, que se estableció para estos servidores esta prestación, equivalente al 4 por ciento del salario básico y de la prima antigüedad¹⁶

Luego, mediante el Decreto 1793 de 2000 se expidió el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, el cual los definió en su artículo 1º así:

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

Por su parte, el artículo 38 que trata el Régimen salarial y prestacional dispuso:

"ARTÍCULO 38. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL. "El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salariales y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos."

¹⁵Ley 789 de 2002, Artículo 3º, par. 1º.

¹⁶ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Segunda-Subsección B. Sentencia del 09 de noviembre de 2011, expediente 2006-117.



En desarrollo del precepto legal anterior, el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales se estableció por el gobierno nacional mediante el Decreto 1794 de 2000, el cual reconoció el derecho a devengar una asignación mensual correspondiente a un salario mínimo mensual incrementado en un 40 %, prima de antigüedad, prima de servicio anual, prima de vacaciones, prima de navidad, subsidio familiar, entre otros.

El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, reconoció a los soldados profesionales de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, el derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

En cuanto al régimen pensional de los soldados, se profirió el Decreto 4433 de 2004, fijando el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza pública, incluyendo a los soldados profesionales.

Dicho decreto, establece en su artículo 16, la asignación de retiro para soldados profesionales en estas condiciones:

"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."

De igual forma, el canon en mención en el artículo 13.2, estipula las partidas computables para liquidar dicha prestación en el caso de los soldados profesionales:

"13.2 Soldados Profesionales:

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

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

En cuanto el subsidio familiar prevé el artículo 5 del Decreto 4433 de 2004 que:



"ARTICULO 5o. Cómputo de la partida del subsidio familiar. Cuando haya lugar a la inclusión de la partida de subsidio familiar para la liquidación de la asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia, el monto de la misma no sufrirá variación alguna por hechos ocurridos con posterioridad al retiro del personal de que trata este decreto.

Lo anterior no obsta para que en cualquier tiempo se ordene la inclusión, el aumento, disminución o extinción de la partida de subsidio familiar como factor de liquidación de la respectiva asignación de retiro o pensión, cuando se compruebe que a l Oficial, Suboficial o Agente, se le venía considerando un porcentaje diferente al que legalmente le correspondía.

Conforme lo anterior, evidentemente los soldados profesionales, no tienen derecho a que el subsidio familiar sea tenido en cuenta como partida computable para liquidar o establecer el monto de la asignación de retiro, por cuanto no existe disposición legal que así lo autorice; a diferencia de los demás uniformados de la Fuerza Pública (suboficiales y oficiales de la Fuerzas Militares) a quienes si se les concede este beneficio y se les asigna como partidas computables para la asignación de retiro entre otras, las establecidas en el artículo 13 del canon en mención numerales 13.1 al 13.1.8:

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

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

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.¹⁷

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

Así las cosas, hasta este momento resulta evidente un trato diferenciado entre los miembros de las Fuerzas Militares, esto es oficiales, suboficiales y soldados profesionales, por cuanto respecto al subsidio familiar a los soldados

¹⁷ Negrillas de la Sala.



profesionales se les reconoce mientras se encuentren en servicio activo, pero para efectos liquidatorios de la asignación de retiro se inhibe su inclusión, contrario sensu al caso tanto de los oficiales como de los suboficiales, los cuales gozan de un reconocimiento en servicio activo y como factor de liquidación para su asignación de retiro.

7.6.3. Antecedente Jurisprudencial del Subsidio Familiar

En este sentido debe tenerse en cuenta lo que sobre el subsidio familiar, ha considerado la Corte Constitucional¹⁸, quien sostiene que ostenta una triple condición: (i) la de prestación legal de carácter laboral, (ii) la de mecanismo de redistribución del ingreso y (iii) la de función pública desde la óptica de la prestación del servicio, al efecto, estimó:

"Del análisis de la legislación vigente sobre la materia, esta Corporación ha destacado como características fundamentales del subsidio familiar las siguientes: (i) Es una prestación social, porque su finalidad no es la de retribuir directamente el trabajo -como sí lo hace el salario-, sino la de subvencionar las cargas económicas del trabajador beneficiario. (ii) Se paga en dinero, servicios y especie ya sea mediante una cuota monetaria, el reconocimiento de géneros distintos al dinero o mediante la utilización de obras y programas sociales que organicen las Cajas de Compensación Familiar, respectivamente. (iii) Se paga a los trabajadores activos y también a los pensionados, salvo en lo relacionado con el subsidio en dinero al cual éstos últimos no tienen derecho por mandato de la ley. (iv) Tiene por objetivo fundamental la protección integral de la familia y puede ser considerado una concretización del mandato contenido en el artículo 42 constitucional, a cuyo tenor "el Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia". (v) Constituye una valiosa herramienta para la consecución de los objetivos de la política social y laboral del Gobierno, pues es un instrumento para alcanzar la universalidad de la seguridad social, de conformidad con lo señalado en el artículo 48 constitucional. (vi) Se provee a partir de los recursos aportados por los empleadores a las cajas de compensación familiar. (vii) Es recaudado, distribuido y pagado por las cajas de compensación familiar que además están en la obligación de organizar y administrar las obras y programas que se establezcan para el pago del subsidio familiar."

Sobre el subsidio familiar el Consejo de Estado¹⁹, ha señalado:

"Siguiendo los precedentes jurisprudenciales sentados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, es evidente que, si bien el legislador sólo previó la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, y excluyó de la aplicación de tal regla a los Soldados Profesionales, en aplicación del principio de igualdad, resulta

¹⁸Sentencia C-629/11 de fecha 24 de agosto de 2011 MP. Humberto Sierra Porto.

¹⁹CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A, Consejero Ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, 27 de octubre de 2016. Radicación: 250002342000201300143-01 (3663-2014)



igualmente procedente reconocerle dicho emolumento a estos últimos, aunque ello signifique la inaplicación del precepto según el cual únicamente se puede tener en cuenta tal partida para liquidar la asignación de retiro del personal Oficial y Suboficial."

(...)

"De acuerdo con lo examinado se concluye que con independencia de lo establecido en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 con relación a las partidas susceptibles de ser incluidas en las asignaciones de retiro de los Suboficiales y Oficiales de las Fuerzas Militares, de una parte, y de los Soldados Profesionales, por la otra, en aplicación al principio de igualdad y de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en lo referente a la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de las asignaciones de retiro, tanto del personal oficial y suboficial, como de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, se debe dar igual tratamiento e incluirles a unos y otros, en sus respectivas asignaciones de retiro. Por tanto, en este caso el actor en su condición de soldado profesional tiene derecho a dicho reconocimiento."

7.7. Prima de Antigüedad

La liquidación de la Prima de Antigüedad, como partida computable de la asignación de retiro, se encuentra regulada por el Artículo 16 del decreto 4433 de 2004, que a la letra reza:

"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."

Ahora bien, esta Sala considera que del anterior recuento normativo, la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, debe ser soportada bajo una interpretación sistemática e integral, de aquellas normas que consagra la especialidad del régimen salarial y prestacional en estudio, por lo que no es aceptable, la aplicación de cualesquiera de las normas expuestas en acápites precedentes, sin atender a su sentido histórico-funcional.

En efecto, determinado los factores o componentes que integran la asignación de retiro para los soldados profesional que venía incorporado a las fuerzas militares como soldado voluntario, resulta procedente analizar la forma como debe ser computada la asignación de retiro, desde los parámetros integrales de las normas, que conforman tal prestación social, por ello se considera, que la misma se debe fijar, teniéndose en cuenta el



70%, del valor resultante del salario mensual del inciso 2 del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 (Salario mínimo + 60%), adicionándose a su vez el 38.5% de la prima de antigüedad.

7.8. Caso concreto.

En el recurso de apelación la parte demandada, los fundamentos del recurso se circunscriben en que los derechos y obligaciones, así como el régimen de carrera, prestacional y disciplinario de los miembros de las fuerzas militares hacen parte de un régimen especial diferente del régimen general, conforme a lo cual, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 de forma expresa contempla los parámetros, condiciones y porcentajes que deben tenerse en cuenta para el reconocimiento de la asignación de retiro, sin contemplar la posibilidad de incluir la partida del subsidio familiar.

En la sentencia recurrida, la A quo ordenó reliquidar la asignación de retiro con la inclusión del subsidio familiar y la prima de antigüedad en los términos del artículo 16 del decreto 4433 de 2004.

7.8.1. Hechos probados

- El demandante le fue reconocida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- Cremil asignación de retiro por haber cumplido un tiempo de servicio de 20 años, 6 meses y 2 días, tal como consta en la Resolución No. 5731 de 26 de junio de 2014 (folios 10-12)
- Que las partidas computables para liquidar su asignación de retiro son sueldo básico y prima de antigüedad soldado profesional (folio 8)
- Que los haberes recibidos por el demandante en la última nómina (abril/14) son: Sueldo básico, subsidio familiar, prima de antigüedad (folio 8)

Descendiendo en el caso cuyo examine nos ocupa, esta Corporación resolverá los problemas jurídicos en el orden en que fueron propuestos.



7.8.2. VIOLACIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD POR NO INCLUIRSE EL SUBSIDIO FAMILIAR COMO FACTOR PARA LIQUIDAR LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES

En este orden de ideas, corresponde a la Sala entonces examinar si esta disconformidad reglada entre oficiales, suboficiales y soldados profesionales constituye una vulneración del principio y derecho constitucional a la igualdad, según señaló como argumentos de la demanda el actor, o si como lo señala la demandada, es un parámetro diferencial establecido por el legislador, dado que el principio de igualdad se predica solo entre iguales.

En principio resulta menester apuntar, que la constitución política en su artículo 13 ha establecido y garantizado el derecho a la igualdad y la prohibición de un trato discriminatorio así:

"Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan."

Sobre este tema la H. Corte Constitucional ha preceptuado²⁰:

"La Constitución Política de Colombia, en su artículo 13 prescribe que todas las personas nacen iguales ante la ley y que recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Empero lo anterior, dicha norma no debe entenderse como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática. Tanto es así que los incisos segundo y tercero del artículo ídem ordenan al Estado promover "las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva", adoptar "las medidas a favor de grupos discriminados o marginados" y, además, proteger "especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta".

En este contexto, cabe destacar que la Corte ha precisado que por sí solo un trato diferente resulta insuficiente para predicar la vulneración del derecho a la igualdad, en esa línea ha señalado²¹:

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-587 de 27 de julio de 2006, M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería.

²¹ *Ibíd.*



"En este orden de ideas, tenemos que la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad, pues para acreditar la existencia de una conducta discriminatoria es necesario verificar, entre otras cosas, que la persona o grupo de personas que se traen como referente se encuentran en la misma situación fáctica de quien alega la afectación del derecho. Si no es así, en el evento en que no pueda constatarse esta última circunstancia, estaríamos en ausencia de la primera condición exigida por la jurisprudencia constitucional para la vulneración del derecho a la igualdad, esto es: la igualdad de los supuestos de hecho en los cuales se deben encontrar, tanto quien alega la vulneración del derecho, como sus referentes. Se entiende así mismo, de manera lógica, que el trato desigual en situaciones fácticas distintas no es violatorio del derecho a la igualdad."

En consecuencia, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, se extrae que los preceptos que comprenden la viabilidad de un trato disímil son los siguientes:

1. Que las personas sujetas al trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho.
2. Que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales.
3. Que la diferencia de situación, la finalidad que persigue y el trato desigual que se otorga tenga racionalidad interna.
4. Que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente las circunstancias de hecho y la finalidad.

En efecto, al observar la distinción planteada por el Decreto 4433 de 2004, entre los miembros de las Fuerzas Militares, concluye esta Corporación que los presupuestos que posibilita la aplicación de esta praxis diferencial, no se llevan a cabo en el sub examine, toda vez que en relación al subsidio familiar, este es devengado en servicio activo tanto por los oficiales y sub oficiales, así como por los soldados profesionales quienes en conjunto cumplen con la misión dispuesta en el artículo 217 constitucional.

De igual forma, no se advierte que el trato planteado distintamente a los miembros de la Fuerzas Militares, consulte valores y principios constitucionales, máxime cuando hasta este momento se avista contrariedad con estos.

En relación con el ítem de racionalidad interna, se concluye la discordancia existente entre el objetivo y finalidad del subsidio familiar y la forma de



aplicación en el caso de los miembros de las Fuerzas Militares, por cuanto la naturaleza de este subsidio se enfoca en la asistencia a los empleados de medianos y menores ingresos, con el objetivo fundamental de aliviar las cargas económicas que conlleva el sostén de la familia, como núcleo básico de la sociedad; Es así como su proyección se enfocaría en los empleados de menores ingresos; sin embargo, contradictoriamente esto no sucede en el caso de las Fuerzas Militares.

Por consiguiente, resulta equívoco que los soldados profesionales perciban la prestación social en comento, como parte de sus derechos laborales, pero a la hora de la liquidación de su asignación de retiro equiparable a la pensión en el caso de los otros empleados públicos, este no les sea tomada en cuenta, cuando a los oficiales y suboficiales que devengan un mejor salario y mejores prestaciones si se les incluye; situación que además a todas luces se exhibe como contrapuesta al principio de proporcionalidad²².

Así las cosas, determina esta Sala que el trato diferencial delineado respecto al subsidio familiar por los miembros de las Fuerzas Militares, esto es oficiales, suboficiales y soldados profesionales, resulta contrario al principio constitucional a la igualdad.

Ahora bien, en el *sub lite*, el Sr. Padilla Campiz, devengó como haberes en la última nomina los siguientes conceptos²³:

²² En la sentencia C-916 de 2002, la Corte expreso respecto de este principio:

"En la jurisprudencia constitucional el postulado de la proporcionalidad constituye una directiva no explícitamente positivizada en la Carta Política. Desde un punto de vista abstracto, la proporcionalidad es un concepto relacional cuya aplicación busca colocar dos magnitudes en relación de equilibrio. El concepto de la proporcionalidad remite a la relación de equilibrio entre distintos pares de conceptos, como supuesto de hecho y consecuencia jurídica, afectación y defensa, ataque y reacción. Históricamente la proporcionalidad se ha asociado a conceptos e imágenes como la balanza, la regla o el equilibrio.

"(...) En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución –, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1 CP.), fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 CP.) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 CP.).

²³ Folio 8



HABERES NOMINA ABRIL /2014DÍAS: 30 GRADO: IMP

Descripción Porc. Valor

SUELDO BÁSICO		862.400.00
SUBSIDIO FAMILIAR²⁴	4.00	539.000.00
PRIMA DE ANTIGÜEDAD... (...)	58.50	504.504.00
SEGURO DE VIDA SUBSIDIADO	00	11.312.00
		1, 917,216.00
(...)		

En consecuencia, advertido como está el pago del subsidio familiar del demandante y la acreditación de su calidad de esposo (fol. 8 reverso) y padre de dos menores, este Tribunal ordenará en virtud de la excepción de inconstitucionalidad fundamentada en el artículo 4º de la Constitución que establece: "*La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...*" inaplicar el parágrafo del artículo 13 del decreto 4433 de 2004²⁵, que impide sea computable otro subsidio al dispuesto para los miembros de las Fuerzas Militares, de conformidad con las razones expuestas en precedencia, por lo cual modificará el fallo de primera instancia, en ese sentido.

Se resalta, que en igual sentido se ha pronunciado esta Sala en un caso similar al que nos ocupa, en sentencia de fecha 15 de junio de 2017 con Ponencia del H. Magistrado doctor Edgar Alexi Vásquez Contreras²⁶, quien consideró que el demandante tiene derecho al subsidio familiar como partida computable en su asignación de retiro en aplicación del principio de igualdad; además que el demandante devengaba subsidio familiar y es por ello que debe ser tenida en cuenta para liquidar su asignación de retiro.

Así las cosas, los argumentos del recurso de apelación, no desvanecen las consideraciones de las juez de primera instancia en la sentencia recurrida, por lo que se confirmará lo decidido con relación al subsidio familiar.

Ahora le corresponde a la Sala analizar el segundo de los problemas jurídicos planteados.

²⁴ Negritas y cursiva de la Sala.

²⁵ 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.

²⁶ Radicación 13001-33-33-004-2014-00133-01 AngelMaria Salgado Vs CREMIL



7.8.3. CÁLCULO ERRADO AL LIQUIDAR EL VALOR DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO

Cabe resaltar que como bien fue señalado por el demandante y el Juez de instancia, el 70% no se detenta de la sumatoria del salario mensual a definir y la prima de antigüedad, conjuntamente – (salario a definir + 38.5% prima de antigüedad) (70%), sino que se predica del primer concepto, resultado último al que se le debe sumar el porcentaje de la prima de antigüedad de manera separada o más bien excluyente -(70% salario a definir)+ (38.5% de la prima de antigüedad).

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Corporación destaca que en el acto demandado se anota como se hace la liquidación de la asignación de retiro y se explica que se tuvo en cuenta los factores salariales establecidos en el Art. 16 del Decreto 4433 de 2004, no obstante, a folio 108 se realiza un cálculo equivocado aplicado a la Resolución No. 5731 de 26 de junio de 2014, toda vez que doblemente se afectó la prima de antigüedad de la siguiente manera:

LIQUIDACIÓN –CREMIL

SUELDO BÁSICO (SMMLV + 40%)			\$862.400.00
Porcentaje de liquidación	de	70.00%	\$603.680.00
Prima de Antigüedad		38.50%	\$232.417.00²⁷
Asignación de retiro			\$836.097.00

De lo anterior se demuestra con claridad que le asiste razón al demandante, en el entendido que la fórmula de cálculo atendiendo la norma, debe ser el 70% del sueldo básico, que en este caso, para el año 2013 es de \$ 603.680.00 (\$ 862.400.00 x 70%), luego entonces; a lo que se le debe sumar el porcentaje correspondiente al 38.5% de la prima de antigüedad, sin aplicarle ningún porcentaje adicional. Así:

²⁷Sueldo Básico x 70% = 603.680 x 38.5% = \$232.417.00



Año	Sueldo Básico Con el 70%	Prima de Antigüedad con el 38.50%	Asignación de retiro liquidada
2013	\$ 603.680.00	\$ 332.024.00 ²⁸	\$935.704

Con lo anterior se observa que el acto acusado viola la normatividad en la que se basa, debiéndose hacer el reajuste solicitado, por ende, se confirmara la decisión de primera instancia en este cargo.

7.9 Conclusión

En este orden de ideas, considera esta Colegiatura que la respuesta al problema jurídico planteado es positiva, por cuanto la inclusión del subsidio familiar como factor de liquidación de la asignación de retiro de un soldado profesional, obedece a un correcto entendimiento del principio y derecho fundamental a la igualdad, y por ende la no inclusión de esta partida constituiría una transgresión a esta noción constitucional, por lo que se considera ajustado a derecho la reliquidación de la asignación de retiro del soldado profesional en uso de buen retiro, con una suma equivalente al: 70% del salario mensual dispuesto por el inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, más el subsidio familiar, que según las pruebas obrantes del expediente, correspondía a un porcentaje del 4% según se señaló ibídem y adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.

En consecuencia, esta Corporación considera infundados los argumentos expuesto por la parte demandada en el recurso de alzada, por lo tanto, la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena se confirmará.

VIII. COSTAS

De conformidad con el 188 de CPACA, y de los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, habrá lugar a condenar en costas en esta instancia a la parte recurrente, por cuanto en recurso impetrado no tuvo vocación de prosperidad.

²⁸Sueldo Básico x 38.5% = 862.400 x 38.5% = \$332.024



IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el fallo de 17 de Agosto de 2016, proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, según lo expuesto en la parte considerativa de este proveído. El cual quedará así:

"INAPLICAR, por inconstitucional, el párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, en el presente asunto, conforme lo dicho en la parte motiva de la providencia.

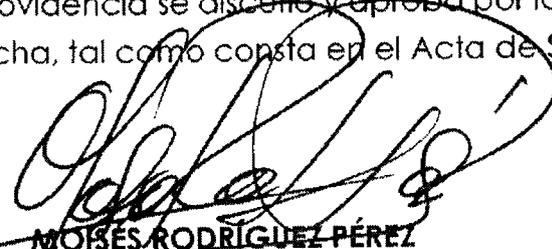
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la providencia, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

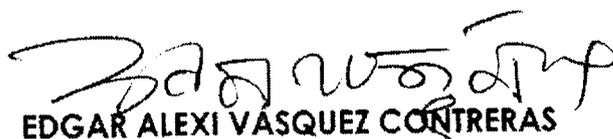
TERCERO: CONDENAR en costas a la parte recurrente, esto es, la demandada, CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, de conformidad con el artículo 188 del CPACA y los artículos 365 y 366 del CGP.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala en sesión ordinaria de la fecha, tal como consta en el Acta de Sala No. 98


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado Ponente


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS
Magistrado


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Magistrado