TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, dos (2) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

REFERENCIA.	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
ACCIÓN:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
PROCESO:	70-001-33-33-004-**2015-00141**-01
DEMANDANTE:	JOSÉ ARISTIDES LARA SEGOVIA
DEMANDADO:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia dictada en audiencia inicial celebrada el 9 de marzo de 2016, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Sincelejo - Sucre, accediendo a las súplicas de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, promovió el señor JOSÉ ARISTIDES LARA SEGOVIA contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL-.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA.

El señor JOSÉ ARISTIDES LARA SEGOVIA instauró medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando:

Que se declare la nulidad del acto administrativo 2015-335 de fecha 6 de enero de 2015, mediante el cual se le negó al demandante el reajuste de su asignación de retiro con la inclusión de la partida del subsidio familiar.

Como restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada, reliquidar la asignación de retiro del demandante con la inclusión de la partida de subsidio familiar en la misma proporción en que venía siendo percibida en actividad, desde el 4 de octubre de 2011.

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. Igualmente solicita el pago de intereses moratorios.

Que se reconozca y pague los intereses moratorios y se condene en costas.

Como FUNDAMENTOS FÁCTICOS se expuso que:

Prestó sus servicios en la Armada Nacional por más de 20 años, tiempo durante el cual, en razón de su matrimonio le fue reconocida y pagada una partida de subsidio familiar, que al momento del retiro correspondía al 62.5% de la asignación básica, y la cual se tuvo en cuenta para la liquidación del auxilio de cesantías.

Mediante Resolución No. 4667 del 4 de octubre de 2011 le fue reconocida la asignación de retiro, en cuya liquidación no le fue incluida la partida de subsidio familiar.

Presentó derecho de petición ante CREMIL solicitando la inclusión como partida del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro, en el porcentaje que tenía reconocido al momento del retiro del Ejército Nacional.

En respuesta de la anterior petición, CREMIL negó la inclusión de la partida de subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro, mediante acto administrativo No. 2015-335 del 6 de enero de 2015.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares contestó la demanda oportunamente, en la que se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptando los hechos relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro, mientras que frente a los demás se opone.

Como argumentos de su defensa, propuso las excepciones de i) legalidad de las actuaciones efectuadas por CREMIL – correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes; ii) carencia de fundamento jurídico para solicitar la inclusión del subsidio familiar; iii) no configuración de violación al derecho a la igualdad;

iv) prescripción del derecho; y v) no configuración de falsa motivación en las actuaciones de CREMIL.

1.3 LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Sincelejo profirió sentencia de fondo en la que declaró la nulidad del acto demandado; además, inaplicó por inconstitucional e ilegal para el caso concreto, el parágrafo del artículo 13, del Decreto 4433 de 2004; como restablecimiento del derecho, ordenó a la entidad demandada, reliquidar la asignación de retiro de la demandante, incluyendo en su liquidación el subsidio familiar como factor salarial para el cálculo en el mismo porcentaje de la asignación básica. Dispuso así mismo que la entidad condenada deberá pagar al demandante las diferencias causadas entre las mesadas pagadas y las reliquidadas, a partir de la fecha en que adquirió el derecho. La suma de dinero que resulte de la condena, es decir las diferencias, se ajustará de acuerdo al índice de precios al consumidor tal como lo manifiesta el artículo 187 del CPACA.

Consideró el A quo que, el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 viola el principio constitucional de igualdad, así como los principios rectores consagrados en la Ley 923 de 2004, por lo que debe inaplicarse, en la medida en que impide utilizar otros factores en la asignación de retiro, haciendo la salvedad que en cuanto los soldados e infantes de marina profesionales que tengan como derecho adquirido el subsidio familiar, este será una partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

Finalmente, en lo que respecta a la prescripción, señaló el A quo que el derecho a la asignación de retiro surgió a partir del 29 de octubre de 2011, mientras que el actor presentó solicitud de reliquidación el 30 de diciembre de 2014 y presentó la demanda el día 27 de abril de 2015, por lo que se encuentran prescritas las diferencias de las mesadas causadas con anterioridad al 30 de diciembre de 2011.

1.4 EL RECURSO DE APELACIÓN.

La parte accionada presentó recurso de apelación dentro del término correspondiente y como argumentos principales del mismo expresó que el

artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 constituye una disposición de carácter especial que prima sobre las demás normas generales, y de la cual se desprende que para efectos de 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. Resaltó que la norma en forma expresa establece la forma de reconocer la asignación de retiro sin entrar a contemplar siquiera la posibilidad de factores adicionales. Concluyó que, la entidad aplica la normatividad vigente al momento de los hechos, ajustándose estrictamente a las partidas señaladas, en las cuales no está consagrada el subsidio familiar como partida computable.

Señaló que para el reconocimiento de las asignaciones de retiro del personal de Oficiales, suboficiales y soldados profesionales, la Caja tiene en cuenta la 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 la asignación de retiro por parte de la Entidad en los términos del artículo 234 y 235 del Decreto ley 1211 de 1990.

Señaló que 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 asignación de retiro, por lo que en caso de que el demandante presentara inconformidad frente, debió manifestarlo así a la correspondiente fuerza, y no a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, pues como ya se indicó, esta entidad está sujeta para el reconocimiento de las asignaciones a la aplicación de la normatividad vigente y a lo señalado en la Hoja de servicios.

Finalmente, respecto de la condena en costas, manifestó que si en el presente proceso las pretensiones del demandante prosperan de manera parcial, es legalmente válido exonerar a la entidad de la condena en costas.

1.5 ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

1.5.1 PARTE DEMANDADA: La entidad demandada alegó de conclusión en segunda instancia, reiterando lo expuesto en el recurso de apelación.

1.5.2 PARTE DEMANDANTE: La parte actora no alegó de conclusión en segunda instancia.

1.6 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El representante del Ministerio Público ante esta Corporación no emitió concepto de fondo en esta oportunidad.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1 LA COMPETENCIA.

Esta Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 del CPACA, en segunda instancia.

Se advierte que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto

2.2 PROBLEMA JURÍDICO.

Con fundamento en los anteriores planteamientos de las partes, entra el Tribunal a dilucidar el siguiente problema jurídico:

¿Es procedente computar como partida en la liquidación de la asignación de retiro del demandante, el porcentaje reconocido por concepto de subsidio familiar?

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes, la Sala abordará los siguientes temas: i) La asignación de retiro, su reconocimiento y forma de liquidación; ii) El subsidio familiar en las Fuerzas Militares; y iv) El caso concreto.

2.3 LA ASIGNACIÓN DE RETIRO, SU RECONOCIMIENTO Y FORMA DE LIQUIDACIÓN.

El Legislador, a través de la expedición de la Ley 923 de 2004, señaló las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

Es así como en el artículo 2º de la referida disposición, se consignó lo siguiente:

> "Artículo 2°. Objetivos y criterios. Para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta además de los principios de eficiencia, universalidad, **igualdad**, equidad, responsabilidad financiera, **intangibilidad** y solidaridad los siguientes objetivos y criterios:
>
> 2.1. El respeto de los derechos adquiridos. Se conservarán y respetarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma.
>
> 2.2. La sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal.
>
> 2.3. Los riesgos inherentes a la actividad especial de los miembros de la Fuerza Pública aplicando el principio de redistribución de acuerdo con la antigüedad, grados, cuerpo, arma y/o especialidad, la naturaleza de las funciones, y sus responsabilidades.
>
> 2.4. El mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas.
>
> 2.5. Los recursos que se recauden por aportes que se hagan para la asignación de retiro en la Fuerza Pública y sus rendimientos se destinarán en forma exclusiva al pago de asignaciones de retiro y sustituciones pensionales.
>
> 2.6. El manejo, inversión y control de los aportes estarán sometidos a las disposiciones que rigen para las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida y a la inspección y vigilancia del Estado.
>
> **2.7. No podrá discriminarse por razón de categoría, jerarquía o cualquier otra condición a los miembros de la Fuerza Pública para efectos de adelantar el trámite administrativo del reconocimiento de una asignación de retiro o pensión o sustitución.**
>
> El tiempo de servicio exigido para tener derecho a la asignación de retiro será establecido en igualdad de condiciones para el personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y Miembros del Nivel Ejecutivo que ingresen a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.
>
> 2.8. No podrá en ningún caso desconocerse el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al miembro de la Fuerza Pública que hubiere adquirido el derecho a su disfrute por llamamiento a calificar servicios, por retiro por solicitud propia, o por haber sido retirado del servicio por cualquier causal". (Resalta la Sala)

Como desarrollo de la ley a que se viene haciendo referencia, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 de 2004 "*por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública",* cuyos destinatarios son los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares.

Dentro del decreto en mención, específicamente en el artículo 3, se replicaron los principios orientadores que habían sido dejados sentados por el constituyente derivado en la Ley 923 de 2004, veamos:

"Artículo 3°. Principios. El régimen especial de asignación de retiro y de pensiones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, deberá responder a los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad".

Así entonces, es claro conforme los contenidos normativos en cita, que todas las actuaciones que se surtan con objeto de aplicar el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, deben estar imbuidas por los principios reseñados *ut supra,* destacándose de los mismos, los de igualdad e intangibilidad[1], y el criterio orientador de no discriminación entre los miembros de la Fuerza Pública por razón de categoría, jerarquía o cualquier otra condición.

Ahora bien, en lo que respecta de manera puntual a la denominada asignación de retiro y sus partidas computables; el Decreto 4433 de 2004 en sus artículos 13 y 16, estipuló:

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

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

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

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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

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

13.2 Soldados Profesionales:

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

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

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

(…)

[1] Para mayor ilustración sobre el principio de intangibilidad, ver sentencia C-177 de 2005 de la H. Corte Constitucional.

> 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". (Negrilla y subrayado por fuera del texto original)

Conforme las preceptivas antecedentes, tenemos que para el caso específico de los soldados profesionales, las partidas computables para la asignación de retiro son: 1) Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000, esto es, el conformado por un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario; y 2) Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004.

Así entonces, vemos como para los miembros de las Fuerzas Militares que ostentan la calidad de soldados profesionales, se les liquida la asignación de retiro con base en un salario mensual más el 40% del mismo, obviándose con ello, lo consagrado en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000[2]; aunado que a los mismos no se les incluye como partida computable, el subsidio familiar, *a contrario sensu,* de lo que acontece con los oficiales y suboficiales pertenecientes a las mismas fuerzas del orden.

2.4 EL SUBSIDIO FAMILIAR EN LAS FUERZAS MILITARES

Sobre el tema del subsidio familiar de los miembros de las Fuerzas Militares, el H. Consejo de Estado se ha pronunciado en diversos proveídos, de los cuales la Sala destaca los siguientes:

En sentencia calendada 22 de febrero de 2007, esbozó:

> "Según definición dada por el legislador (artículo 1° de la ley 21 de 1982), y que ahora adopta esta Sala, el "Subsidio Familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad".
>
> Se trata entonces de una prestación o partida cuya finalidad es la de ayudar a la cabeza del núcleo familiar al sostenimiento de las personas - cónyuge o compañera (o) e hijos - que se encuentran a su cargo, y en consideración a los ingresos del primero.

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

En el caso de los miembros de las Fuerzas Militares, el Subsidio Familiar viene siendo regulado de tiempo atrás por el legislador3[1], como una forma de subvención, de ayuda o de auxilio generado a favor de los Oficiales y Suboficiales en servicio activo, casados o viudos con hijos, en donde se les asigna, por cada uno de estos miembros familiares, un determinado porcentaje sobre su asignación básica.

Al respecto, el Decreto 1211 de junio 8 de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, en su artículo 79, dispone:

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

a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo.
b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlo, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. del presente artículo.
c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%).
PARAGRAFO 1. El límite establecido en el literal c. de este artículo no afectará a los Oficiales y Suboficiales que por razón de hijos nacidos con anterioridad al 31 de octubre de 1969, estuviesen disfrutando o tuviesen derecho a disfrutar, de porcentajes superiores al diecisiete por ciento (17%), ya que en esa fecha tales porcentajes fueron congelados sin modificación.

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

Como puede observarse, el reconocimiento y pago del subsidio familiar, en los precisos términos concebidos en las disposiciones anteriores, no se hallaba supeditado a que los miembros de las Fuerzas Militares estuviesen clasificados o escalafonados en un grado determinado, esto es, como Oficial o Suboficial, pues el legislador no hace - por lo menos hasta ese momento - distinción alguna entre su personal para tales efectos, como tampoco establece un límite en el quantum salarial - sueldo básico - para proceder a su liquidación mensual[4]".

Posteriormente en fallo del 3 de diciembre de 2009, se erigió:

"De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1° y 2° de la Ley 21 de 1982, el subsidio familiar se define de la siguiente manera:

"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 de subsidio familiar."

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

3[1] Obsérvense entre otros, los Decretos 3220 de 1953, 501 de 1955, 0325 de 1959, la Ley 126 de 1959 y los Decretos 23337 de 1971, 612 de 1977, 089 de 1984 y 095 de 1989.
4 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A" Consejero ponente: JAIME MORENO GARCÍA sentencia del 22 de febrero de 2007. Radicación número: 25000-23-25-000-2004-08031-01(1282-06) Actor: LUIS CARLOS ORDUZ RODRÍGUEZ Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - ARMADA NACIONAL

"Se tiene entonces, que el referido subsidio fue concebido por la Ley, como una prestación social, que beneficia a las personas de bajos ingresos, con destino a quienes dependen de ellas y con el fin de proteger la familia.
En este sentido debe tenerse en cuenta lo que sobre el subsidio familiar, ha considerado la Corte Constitucional, quien sostiene que 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. Al efecto, estimó:

"En líneas generales, del anterior panorama de desarrollo histórico puede concluirse que 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. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El sistema de subsidio familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero 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.

Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral. Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social.

Y desde el punto de vista de la prestación misma del servicio, este es una función pública, servida por el Estado a través de organismos intermediarios manejados por empresarios y trabajadores. Desde esta perspectiva, en su debida prestación se considera comprometido el interés general de la sociedad, por los fines de equidad que persigue."

Es claro 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.

El subsidio familiar puede otorgarse en dinero, es decir, en una cuota monetaria que se paga por cada persona a cargo, por la cual el beneficiario tiene derecho a la prestación; en especie, como reconocimiento de alimentos, vestido, becas de estudio, textos escolares, medicamentos y demás frutos o géneros diferentes al dinero que determine la Ley; y en servicios, que se reconoce a través de las obras y programas sociales que organizan las Cajas de Compensación Familiar dentro del orden de prioridades contemplado en la Ley[5]".

Pues bien, de las citas jurisprudenciales antecedentes, se logra magnificar la importancia que reviste el subsidio familiar como prestación social encaminada a mejorar las condiciones de vida de las familias de los empleados que reciben ingresos clasificados en los rangos medianos y bajos, esto con el fin de proteger a la familia, institución vital dentro del engranaje social.

Teniendo en cuenta el análisis normativo y jurisprudencial realizado, pasa esta Corporación a estudiar:

[5] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOSECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A" - Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Sentencia del 3 de diciembre de 2009 Radicación número: 08001-23-31-000-2005-01032-01(0468-09) Actor: GABRIEL RAMÓN DÍAZ ÓRTIZ Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL.

2.5 EL CASO EN CONCRETO.

Al unísono con el acopio probatorio recabado en el expediente, la Sala encuentra demostrados los siguientes hechos:

- De acuerdo con la Hoja de Servicios No. 4-78709656 (Folio 33) se acreditó que el señor JOSÉ ARISTIDES LARA SEGOVIA ingresó a las Fuerzas Militares – Armada Nacional, con ocasión de la prestación del servicio militar obligatorio el 16 de julio de 1990 al 15 de enero de 1992; luego, continuó prestando sus servicios en la misma fuerza en calidad de Soldado Voluntario del 1 de agosto de 1992 al 13 de agosto de 2003; posteriormente, en calidad de Infante Profesional del 14 de agosto de 2003 al 29 de julio de 2011; luego gozó de tres meses de alta desde el 30 de julio de 2011 hasta el 28 de octubre de 2011, fecha en la que se retiró del servicio.

- Mediante Resolución No. 4667 del 4 de octubre de 2011 (Folio 34 y 35), la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció asignación de retiro al señor JOSÉ ARISTIDES LARA SEGOVIA, en cuantía del 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, en los términos del inciso 1º, artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, adicionando un 38.5% de la prima de antigüedad, efectiva desde el 29 de octubre de 2011.

- En certificación expedida por CREMIL para el 5 de enero de 2015 (Folio 36), se indicó que al señor JOSÉ ARISTIDES LARA SEGOVIA le figura liquidada la asignación de retiro así:

Sueldo	$902.090[6]
Prima de antigüedad 38.5%	$347.304
Subtotal	$1.249.395
Porcentaje de liquidación	70%
Total asignación de retiro	$874.576

Conforme lo anterior, advierte la Sala que, en efecto, la asignación de retiro del demandante fue liquidada sin tener en cuenta la partida correspondiente al subsidio familiar.

[6] Equivale al SMLMV del año 2015, incrementado en 40%.

En cuanto a la vulneración del derecho a la igualdad, este argumento hace relación exclusivamente a la reliquidación de la asignación de retiro con inclusión del subsidio familiar.

Al respecto esta Sala concuerda con el A quo en cuanto dicha prestación es computable para la liquidación de la asignación de retiro. Pues bien, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, el subsidio familiar es factor de liquidación de la asignación de retiro para los Oficiales y Suboficiales, más no lo es para los Soldados Profesionales. Así entonces, considera la Sala que en supuestos fácticos como el que se pone de presente, no hay una razón objetiva, suficiente y clara que justifique el trato diferencial entre la inclusión como factor computable para la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, y la no inclusión del mismo a los Soldados Profesionales, máxime cuando en la situación particular del hoy demandante, se encuentra acreditado que en su última nómina correspondiente al mes de julio de 2011, le fue pagada tal acreencia[7].

Finalmente, en lo que hace relación a la condena en costas decretada por el *A quo*, si bien el numeral 5 del artículo 365 del CGP dispone que cuando la demanda prospere parcialmente, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, lo cierto es que ello no implica una imposición o un deber automático, dado que la norma solo prevé la posibilidad para que el Juez, bajo su *arbitrio*, disponga abstenerse de condenar en costas o hacerlo de forma parcial, cuando no prosperen todas las pretensiones de la demanda. Por lo anterior, la Sala no encuentra ajustado modificar la condena en costas impuesta por el A quo.

En consecuencia sin ahondar en mayores disquisiciones, dispondrá esta Judicatura **CONFIRMAR** la sentencia objeto de alzada.

2.6 CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP y por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la entidad demandada apelante, y

[7] Folio 33

a favor del demandante. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

3. DECISIÓN

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada en audiencia inicial celebrada el 9 de marzo de 2016 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Sincelejo - Sucre, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la entidad demandada apelante y a favor del demandante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta Nº 209.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CESAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY
Ausente con permiso

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA