



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- 2015-00252 -01
DEMANDANTE:	FREDYS EDUARDO URANGO BLANQUICETT
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 26 de abril 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 FREDYS EDUARDO URANGO BLANQUICETT contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA.

El señor FREDYS EDUARDO URANGO BLANQUICETT instauró medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando:

Que se declare la nulidad del oficio No. 0067450 de fecha 3 de septiembre de 2014, y la nulidad del oficio 0072793 de fecha 18 de septiembre de 2014, por medio de los cuales se le negó el reajuste de su asignación de retiro.

Como restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada, reliquidar la asignación de retiro tomando como base para la liquidación la asignación básica establecida en el inciso segundo del artículo 1 del Decreto

1794 de 2000; se condene igualmente a la reliquidación de la asignación de retiro con la inclusión de la partida del subsidio familiar.

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.

Como FUNDAMENTOS FÁCTICOS se expuso que:

Prestó el servicio militar obligatorio en las filas del Ejército Nacional y que una vez terminado el periodo reglamentario de conformidad a lo dispuesto en la Ley 131 de 1985 fue incorporado como soldado voluntario.

A partir del 14 de agosto de 2003 por disposición administrativa del Comando del Ejército fue promovido como Soldado Profesional, condición que mantuvo hasta su retiro de la Fuerza.

Previo el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, CREMIL mediante la Resolución N° 4813 de fecha 17 de agosto de 2012 le reconoció asignación de retiro en su calidad de Soldado Profesional.

La fórmula aplicada por CREMIL para liquidar la mesada de la asignación de retiro no atiende lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, pues decide aplicar un doble porcentaje a la prima de antigüedad.

Desde el reconocimiento de la Asignación CREMIL viene liquidando la mesada del demandante teniendo como base de liquidación el salario mínimo más el cuarenta por ciento (40%) del mismo.

La asignación de retiro reconocida se encuentra indebidamente liquidada, pues no tiene en cuenta lo previsto en el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, según el cual la asignación de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares debe ser equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual y a lo anterior, se debe adicionar un 38.5% de la prima de antigüedad, según lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Se vulneró el derecho a la igualdad del demandante al no computar en la liquidación de la asignación de retiro la partida correspondiente al subsidio familiar.

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; y iv) prescripción del derecho.

1.3 LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Sincelejo profirió sentencia de fondo en la que declaró la nulidad de los actos demandados; 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, teniendo en cuenta la fórmula de cálculo establecida en el fallo, es decir, el 70% de la asignación básica, correspondiente a un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%), conforme a lo establecido en el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, más el 38.5% de la prima de antigüedad, sin aplicarle ningún porcentaje adicional e incluyendo 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 conforme con la proyección de asignación de retiro suscrita por el Subdirector de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, es posible evidenciar que si bien la entidad en la liquidación de la asignación de retiro tuvo en cuenta los factores salariales establecidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el cálculo resulta errado toda vez que doblemente se afectó la prima de antigüedad tal como fue calculado en la asignación de retiro y aparece en la certificación vista a folio 48 del plenario, cuyo monto asciende a la suma de \$836.097.

En cuanto a la liquidación de la asignación de retiro con base al 60% del salario mínimo mensual legal vigente establecido en el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, citó lo dispuesto por esta Corporación en un caso similar, para acoger los planteamientos de la demanda.

En lo que respecta al subsidio familiar, manifestó que no se entiende el por qué existe un trato diferencial para los oficiales y suboficiales que gozan de un nivel salarial superior, pues se entiende que los soldados profesionales tienen más bajos ingresos, por lo que la justificación del trato diferencial no se encuentra explícito en la norma, ni tiene un fin constitucional, por lo que se configura una flagrante violación a los principios de igualdad, solidaridad y universalidad y consecuente desnaturalización de la razón de ser del subsidio familiar, demeritando a los Soldados Profesionales quienes perciben menos salario en el grupo de las Fuerzas Militares.

Finalmente, en lo que respecta a la prescripción, señaló el A quo que a la fecha en que se hizo exigible el derecho del demandante no habían transcurrido aun los tres años exigidos por la Ley 4433 de 2004, por lo que declaró no probada la excepción de prescripción trienal, propuesta por la entidad demandada.

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 para el reconocimiento y pago de la Asignación de Retiro, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1º del artículo 1 del Decreto 1794 de

2000, que menciona el incremento del salario en un 40%, pues debe hacerse una interpretación íntegra de la normatividad, ya que indudablemente con la expedición del decreto 1794 del 2000, se mejoraron las condiciones salariales y prestacionales de los soldados profesionales, por lo que no puede indicarse como lo dice la parte demandante, que existe una disminución salarial por el 20%.

Consideró que no es dable que el actor que se benefició con los avances prestacionales y salariales de la ley 4433 de 2004, y que le otorgó el nuevo régimen de soldados profesionales, pretenda buscar también a su favor, la aplicación del régimen anterior para que se le reconozca su salario básico conforme al salario mínimo incrementado en un 60%, y por ende que se le reajuste también su asignación de retiro.

Señaló que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, tiene como objeto el reconocimiento de las asignaciones de retiro del personal de Oficiales, suboficiales y soldados profesionales; para lo cual aplica las disposiciones especiales vigentes para cada uno de ellos y a partir de la 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 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 al incremento conforme al párrafo segundo del Artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, 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.

En cuanto a la inclusión del subsidio familiar, indicó 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.

En cuanto al fenómeno de la prescripción, anotó que las pretensiones de la presente demanda no podrán reconocérsele en su totalidad por cuanto el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 establece la prescripción de las mesadas en tres años, contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles, por lo tanto y en el caso de marras, se debe declarar la prescripción del derecho, respecto de todas aquellas partidas u obligaciones a favor del demandante, que hayan sido cobijadas con la figura de la prescripción.

En cuanto a la vulneración del derecho a la igualdad, señaló que fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, a través del decreto 4433 de 2004, Decreto que actualmente se encuentra vigente y el cual no ha sido objeto de demandas de legalidad que afecten su vigencia; por lo tanto en el evento en que el actor presente algún tipo de inconformidad frente a las normas que sirvieron de fundamento para el reconocimiento debe acusar las mismas, por cuanto a esta Caja le está vedado efectuar interpretaciones de las mismas o hacerlas extensivas a personal para el cual no fueron establecidas.

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 DEMANDANTE: La parte actora alegó de conclusión, reiterando lo acontecido en la decisión de primera instancia, al tiempo que citó múltiples pronunciamientos del Consejo de estado sobre la materia objeto de debate.

1.5.2 PARTE DEMANDADA: La entidad demandada 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 PROBLEMAS JURÍDICOS.

Con fundamento en los anteriores planteamientos de las partes, entra el Tribunal a dilucidar los siguientes problemas jurídicos:

¿Conforme a las normas que regulan la materia, cuál es la fórmula que se debe tener en cuenta para liquidar la asignación de retiro de un ex Infante de Marina Profesional de las Fuerzas Militares? ¿Es procedente computar en la liquidación de la asignación de retiro el porcentaje reconocido por concepto de subsidio familiar?

Para dar respuesta a los anteriores interrogantes, la Sala abordará los siguientes temas: i) Del Régimen salarial y prestacional de los Infantes de Marina Voluntarios que posteriormente se convirtieron en Infantes de Marina Profesionales, ii) La asignación de retiro, su reconocimiento y forma de liquidación; iii) El subsidio familiar en las Fuerzas Militares; y iv) El caso concreto.

2.3 RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LOS INFANTES DE MARINA VOLUNTARIOS QUE POSTERIORMENTE SE CONVIRTIERON EN INFANTES DE MARINA PROFESIONALES.

En primer lugar, téngase en cuenta que, actualmente, bajo la normatividad que rige a las Fuerzas Militares, la figura del Soldado Voluntario desapareció bajo la denominación unificada de Soldado Profesional; no obstante, el caso en cuestión exige que se analice las diferencias que en su momento existieron al respecto. Para ello, nada mejor que citar lo dicho por el H. Consejo de Estado en sentencia del 11 de junio de 2009, Exp. No. 2311-08, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, donde se consideró:

“Soldado Voluntario: mediante la Ley 131 de 1985, se estableció el servicio militar voluntario, para quienes habiendo prestado el servicio militar obligatorio manifieste el deseo de prestar el servicio militar voluntario.

Soldado Profesional: de conformidad con el artículo 1º del Decreto Ley 1793 de 2000, 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”.

Como bien puede apreciarse los dos conceptos anteriores son diferentes, el soldado voluntario surge del deseo de este de continuar en el servicio, luego de haber prestado el servicio militar obligatorio. En cambio el soldado profesional, es el entrenado y capacitado para actuar en las unidades de combate independientemente de haber prestado o no el servicio militar obligatorio.”

Ahora, en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Carta Política, el constituyente atribuyó al Congreso la facultad de establecer el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública, razón por lo que se expidió la Ley 4ª de 1992, que en su artículo 1º dispuso la competencia del Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, reiterando así lo dispuesto por el artículo 189, numeral 11 superior -facultad reglamentaria general-. Cabe destacar, que en el artículo 2º de la Ley 4ª de 1992, el legislador impuso una limitante al Gobierno Nacional en su labor reglamentaria, relacionada con los derechos adquiridos y el desmejoramiento de salarios y prestaciones. Esta última norma es del siguiente tenor:

“a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.”

Por otro lado, en lo que respecta a los soldados voluntarios, mediante la Ley 131 de 1985 se expidieron normas relacionadas con la prestación del servicio militar

obligatorio. En el artículo 4º de dicha norma se dispuso lo relacionado con la remuneración percibida por los Soldados Voluntarios, así:

“El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, el cual no podrá sobrepasar los haberes correspondientes a un Cabo Segundo, Marinero o Suboficial Técnico Cuarto.”

Esta norma, además de vincular a un tipo de soldados, también le estableció una remuneración, por lo que no puede desconocerse el derecho adquirido que frente a dicha prestación periódica habían adquirido, más cuando la misma es reiterada con posterioridad, ya con la naturaleza salarial, mediante el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, que dispuso la vinculación de Soldados Profesionales. La norma señala:

“Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

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

De acuerdo con lo anterior, si bien en la Ley 131 de 1985 se dispuso para los Soldados Voluntarios una Bonificación, no es menos cierto que mediante el Decreto 1794 de 2000, al crearse el Régimen Salarial y Prestacional para el personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, se le confirió la denominación de salario, garantizando con ello un derecho adquirido de los Soldados Voluntarios, condicionado únicamente a que al 31 de diciembre de 2000 ostentara dicha calidad.

Así pues, en cabeza de los antes denominados Soldados Voluntarios, existía y hoy existe aún, el derecho que se configuró bajo el imperio de una ley vigente –Ley 131 de 1985-, y posteriormente, mediante Decreto Reglamentario, se reiteró su naturaleza salarial – Decreto 1794 de 2000-; de modo que, el hecho que los Soldados Voluntarios hayan hecho tránsito a Soldados Profesionales, sea voluntariamente o no, no los excluye ni los exceptúa del derecho de ver incrementado su salario en un porcentaje del 60% de conformidad con lo señalado en el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

Los derechos adquiridos en materia laboral, deben interpretarse en armonía con los principios de favorabilidad, condición más beneficiosa e interpretación más ventajosa o benéfica para el servidor público que opera no sólo cuando existe

conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una norma que admite varias interpretaciones, de ahí que se aplique en la solución de conflictos normativos, en la hermenéutica de preceptos dudosos y en la solución de situaciones no reguladas, en beneficio de la parte débil de la relación laboral, lo cual implica que se aplique el principio de no regresividad en materia de derechos laborales.

De modo que, una interpretación correcta de la norma, acoge la posición de que el salario mensual del Soldado Profesional, que inicialmente tuvo el carácter de Soldado Voluntario, esto es, para el 31 de diciembre de 2000, equivale al salario mínimo legal mensual vigente para cada año, incrementado en un 60%, pues así se deduce del análisis de lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 131 de 1985, artículo 1º y parágrafo del artículo 2º del Decreto 1794 de 2000.

En aras de unificar jurisprudencia en el asunto en cuestión, el H. Consejo de Estado reiteró el criterio antes mencionado en sentencia del 25 de agosto de 2016, M. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en donde se consideró:

“En ese sentido, interpreta la Sala, con efecto unificador, que el Gobierno Nacional, al fijar el régimen salarial de los soldados profesionales en el Decreto Reglamentario 1794 de 2000,¹ en aplicación del principio de respeto por los derechos adquiridos, dispuso conservar, para aquellos que venían de ser soldados voluntarios, el monto del salario básico que percibían en vigencia de la Ley 131 de 1985,² cuyo artículo 4º establecía, que estos últimos tenían derecho a recibir como sueldo, una *“bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un 60%”*.

De esta manera, se constituyó para los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, una suerte de régimen de transición tácito en materia salarial, en virtud del cual, pese a aplicárseles íntegramente el nuevo estatuto de personal de los soldados profesionales, en materia salarial conservarían el monto de su sueldo básico que les fue determinado por el artículo 4º de la Ley 131 de 1985,³ es decir, un salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%.

En armonía con lo expuesto, para la Sala no es de recibo la interpretación que sobre el particular realiza la parte demandada, según la cual, los referidos Soldados profesionales, antes voluntarios, no tienen derecho a percibir un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, dado que a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, se les aplica íntegramente el régimen propio de estos últimos.

(...)

La Sala reitera entonces, que lo hasta aquí expuesto permite concluir, que la correcta interpretación del artículo 1º, inciso 2º, del Decreto Reglamentario 1794 de 2000⁴ alude a que los soldados voluntarios, hoy profesionales, tienen derecho a percibir una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%.

(...)

Reglas jurisprudenciales

¹ Ib.

² Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

³ Ib.

⁴ Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:

(...)

Segundo. De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000,⁵ la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985,⁶ es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.⁷

2.4 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 2º. 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.

⁵ Ib.

⁶ Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, Exp. No. CE-SUJ2 850013333002201300060 01 (3420-2015), M. P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

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 intangibilidad⁸, 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:

⁸ Para mayor ilustración sobre el principio de intangibilidad, ver sentencia C-177 de 2005 de la H. Corte Constitucional.

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

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

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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

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

13.2 Soldados Profesionales:

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

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

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

(...)

Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes". (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 2000⁹; 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.

2.5 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 1º 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.

En el caso de los miembros de las Fuerzas Militares, el Subsidio Familiar viene siendo regulado de tiempo atrás por el legislador¹⁰[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 devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. del presente artículo.
 - c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%).
- PARAGRAFO 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.

⁹ “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%)”.

¹⁰[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.

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 mensual¹¹”.

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

“De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1º y 2º 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”.

“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.

¹¹ 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

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 Ley¹².”

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:

2.6 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. 4-78712641 (Folio 44) se acreditó que el señor FREDYS EDUARDO URANGO BLANQUICETT ingresó a las Fuerzas Militares – Armada Nacional, con ocasión de la prestación del servicio militar obligatorio el 15 de enero de 1992 al 15 de julio de 1993; luego, continuó prestando sus servicios en la misma fuerza en calidad de Soldado Voluntario del 16 de julio de 1993 al 13 de agosto de 2003; posteriormente, en calidad de Infante Profesional del 14 de agosto de 2003 al 30 de mayo de 2012; luego gozó de tres meses de alta desde el 31 de mayo de 2012 hasta el 29 de agosto de 2012, fecha en la que se retiró del servicio.

¹² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN 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.

- Mediante Resolución No. 4813 del 17 de agosto de 2012 (Folio 2 y 3), la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció asignación de retiro al señor FREDYS EDUARDO URANGO BLANQUICETT, 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 30 de agosto de 2012.
- En certificación expedida por CREMIL para el 5 de septiembre de 2014 (Folio 48), se indicó que al señor FREDYS EDUARDO URANGO BLANQUICETT le figura liquidada la asignación de retiro así:

Sueldo	\$862.400 ¹³
Prima de antigüedad 38.5%	\$332.024
Subtotal	\$1.194.424
Porcentaje de liquidación	70%
Total asignación de retiro	\$836.097

Conforme lo anterior, advierte la Sala que, en efecto, la asignación de retiro del demandante fue liquidada teniendo en cuenta como asignación básica el monto de 1 salario mínimo legal mensual incrementado en un 40%.

Ahora bien, de acuerdo a lo acreditado en el plenario, se evidenció que el señor FREDYS EDUARDO URANGO BLANQUICETT tuvo la calidad de soldado voluntario para el 31 de diciembre del 2000, razón por lo que adquirió el derecho a devengar una asignación básica equivalente a 1 salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, conforme lo señalado en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, por lo que era esta la asignación básica que había de tomarse para la liquidación de su asignación de retiro, como puntualmente lo manifestó el A quo.

En concordancia con lo señalado en los acápites normativos y jurisprudenciales, se reitera que, el paso de soldado voluntario a soldado profesional no puede implicar un desmejoramiento salarial, como tampoco se pueden vulnerar los derechos adquiridos, de modo que, al momento de liquidar la asignación de retiro, la entidad demandada ha debido tener en cuenta la condición salarial excepcional del demandante, puesto que corresponde a un derecho adquirido.

¹³ Equivale al SMLMV del año 2014, incrementado en 40%.

Entonces, reitera la Sala que la asignación básica a tener en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro del señor FREDYS EDUARDO URANGO BLANQUICETT equivalente a 1 salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, puesto que al tener la calidad de soldado voluntario para el 31 de diciembre del 2000, le es aplicable lo señalado en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000.

Por otro lado, si bien CREMIL manifiesta que para la liquidación de la asignación de retiro se atiene a lo señalado en la Hoja de Servicios, es del caso señalar que dicha entidad tiene como objeto fundamental reconocer y pagar las asignaciones de retiro al personal de las Fuerzas Militares que consoliden tal derecho¹⁴, razón por lo que es la llamada a estudiar las peticiones de reconocimiento, liquidación y pago de tal prestación.

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 mayo de 2012, le fue pagada tal acreencia¹⁵.

En cuanto a la prescripción de derechos, se encuentra acreditado que al señor FREDYS EDUARDO URANGO BLANQUICETT le fue reconocida la asignación de retiro con efectividad desde el 30 de agosto de 2012 (Folio 2 reverso), mientras

¹⁴ Artículo 5 del Acuerdo N° 008 de 2002.

¹⁵ Folio 44

que la demanda fue interpuesta el 3 de marzo de 2015, por lo que a la fecha de presentación de la demanda no había transcurrido el término de 3 años previsto para la prescripción de los derechos, conforme lo dispone el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004.

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, por un lado no prosperó la excepción de prescripción, y por otro, lo dispuesto en la norma 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.

2.7 CON RELACIÓN A LA CONDENACIÓN 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 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 26 de abril 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 N° 209.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CESAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY
Ausente con permiso

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA