TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, diez (10) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

REFERENCIA.	**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**
ACCIÓN:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**
PROCESO:	**70-001-33-33-007-2015-00125-01**
DEMANDANTE:	**CÉSAR AUGUSTO CARDONA ARANGO**
DEMANDADO:	**CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES CREMIL**

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida 3 de junio de 2016 por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Sincelejo - Sucre, accediendo a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA.

El señor **CESAR AUGUSTO CARDONA ARANGO,** por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda en contra de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, con las siguientes ***PRETENSIONES:***

Que se declare la nulidad del Oficio No. 72338 de fecha 17 de septiembre de 2014 del oficio 75536 de fecha 29 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 (2) del artículo 1 del Decreto 1794

de 2000; se condene igualmente a la reliquidación de la asignación de retiro de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, con el 70% de la asignación básica más el 60% de la prima de antigüedad.

Como ***FUNDAMENTOS FÁCTICOS*** se expuso que el señor **CÉSAR AUGUSTO CARDONA ARANGO,** el 1 de Octubre de 1991, ingreso a la Armada Nacional como Soldado Voluntario, condición que ostentaba para el mes de diciembre del año 2000. Su vinculación estuvo regida por la ley 131 de 1985; sin embargo, a partir del 14 de agosto de 2003, su vinculación estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000, y el Decreto 4433 de 2004.

Señala que por haber prestado sus servicios por más de veinte (20) años, la Caja de Retiro de Fuerzas Militares "CREMIL", a través de la Resolución No 4020 del 30 agosto de 2011 reconoció la asignación de retiro al señor **CÉSAR AUGUSTO CARDONA ARANGO,** tomando como sueldo activo mensual la suma de un (1) S.M.M.L.V., más un 40% sobre el mismo. No obstante el artículo 1 del decreto 1794 de 2000, establece para los soldados que al 31 de diciembre de 2000 ostentaban la calidad de voluntarios, la asignación salarial mensual se debe liquidar con base en un (1) S.M.M.L.V., adicional a un 60% sobre el mínimo, de manera que la asignación del demandante debe aumentarse en un 20% más.

La asignación de retiro reconocida al demandante se encuentra indebidamente liquidada, puesto que no tienen en cuenta lo previsto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, según la cual la asignación de retiro para los miembros de las fuerzas militares debe ser equivalente al setenta por ciento 70% del salario mensual indicado. En la liquidación de la asignación de retiro del demandante no se incluyó el subsidio familiar.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda, y aceptando todos los hechos que motivan la misma, relacionados con el reconocimiento de asignación al demandante.

En su defensa la parte demandada CREMIL, sustenta con base al Artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, según el cual, los soldados profesionales con veinte (20) años de servicio activo, tendrán derecho a que se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente a setenta por ciento 70% del salario mensual indicado 13.2.1 adicionado con un treinta y ocho por ciento (38.5 %) de la prima de antigüedad. a su vez el salario señalado en los numerales 13.2.1. ibídem, es el previsto en el inciso 1 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es (1) salario mensual equivalente al salario mensual vigente, incrementando en un 40% del mismo salario.

Considerando de esta manera que la asignación de retiro reconocida al demandante se liquidó conforme a los establecido en las normas antes transcritas, por la cual se encuentran conforme a derecho, formulando como excepciones: La legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – correcta aplicación de las disposiciones legales, Carencia de fundamento jurídico para solicitar inclusión del subsidio familiar, No configuración de violación al derecho a la igualdad y Prescripción del derecho.

1.3. FIJACIÓN DEL LITIGIO EN AUDIENCIA INICIAL[1]

En desarrollo de la audiencia inicial celebrada el 31 de mayo de 2016 se fijó el litigio en los siguientes términos: determinar si el señor CESAR AUGUSTO CARDONA ARANGO tiene derecho a la reliquidación de su asignación de retiro, teniendo en cuenta el 70% de su asignación salarial mensual, consistente en 1 SMLMV adicional a un 60% sobre el mismo conforme lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 por venir vinculado antes del 31 de diciembre de 2000 como soldado regular. De la misma manera, se planteó como elemento secundario, la necesidad de determinar la procedencia de la inclusión del subsidio familiar como factor de liquidación de la asignación de retiro del demandante.

1.4. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[2]

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral de Sincelejo en sentencia del 3 de junio de 2016 declaró la Nulidad de los actos demandados y dispuso la

[1] Folios 95-100 CD grabación audiencia.
[2] Folios 138-149

inaplicación del artículo 13 del Decreto 433 de 2004 por inconstitucional. A título de restablecimiento del derecho dispuso el reajuste de la asignación de retiro del demandante ajustando su valor al 70% del salario mensual dispuesto en el inciso segundo del artículo 1ª del Decreto 1794 de 200, esto es 1 SMLMV más un 60% sobre el mismo y adicionando con 38.5% de la prima de antigüedad, desde el 30 de septiembre de 2011, fecha desde que adquirió el derecho.

Igualmente se ordenó a la entidad demandada reconocer y pagar al demandante las diferencias causadas entre los valores que le habían sido reconocidos y pagados, y lo que dejó de percibir por no liquidar su asignación de retiro en un 70% del SMMLV más un 60%, como lo ordenaba la ley, y tampoco incluir el subsidio familiar *(sic)*

En fundamento de su decisión expresó que estaba demostrado en el extracto de hoja de vida de servicios que el actor venia vinculado a la Armada Nacional desde el 2 de mayo de 1989 como soldado regular, luego a partir del 1 de noviembre de 1991 paso a ser infante de marina profesional, prestando servicios sin solución de continuidad hasta el 30 de junio de 2011.

Que en razón de su vinculación para el 31 de diciembre de 200º le era aplicable la prerrogativa del inciso 2 del artículo 1 del DECRETO 1794 DE 2000, por tanto debía devengar un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60% del mismo y sobre dicha suma debió liquidarse su asignación de retiro.

Asimismo, expresó que le asiste derecho al actor a que se incluyera el subsidio familiar como partida computable en la liquidación de su asignación de retiro, implicando el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004. Por último, condenó en costas a la entidad demandada.

1.4 EL RECURSO DE APELACIÓN[3]

La parte accionada presentó recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia, señalando para el efecto que:

[3] Folios 162-169.

Considero en cuanto al incremento del 40% al 60% en la liquidación , según el referente normativo aplicable para este caso concreto, se puede evidenciar claramente que para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, el cual menciona el incremento del salario en un 40% pues debe hacerse una interpretación integra de la normatividad, ya que indudablemente a una expedición del Decreto 1794 de 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%.

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.

Agregó que la hoja de servicios militares expedida por el Ministerio de Defensa 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 parágrafo 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.

Finalmente, 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.

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.

Respecto de la condena en costas, manifestó que en el presente proceso las pretensiones del demandante prosperaron de manera parcial, es legalmente válido exonerar a la entidad de la condena en costas de conformidad con lo expuesto en precedencia.

1.5 ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

1.5.1 PARTE DEMANDADA[4]: La entidad demandada alegó de conclusión en segunda instancia, reiterando lo expuesto en el recurso de apelación. Indicó además, que para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, y la inclusión de la partida del subsidio familiar, dentro de su asignación, reitero la parte demandada que no comparte la decisión de primera instancia por cuanto se desconocieron normas especiales vigentes aplicables a la materia.

1.5.2 PARTE DEMANDANTE: La parte actora no alegó en esta instancia.

1.6 CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: El representante del Ministerio Público ante esta Corporación no emitió concepto de fondo en esta oportunidad.

[4] Folio 16 a 20 C-2.

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.

2.2 PROBLEMA JURIDICO

De conformidad con los argumentos del recurso de apelación se debe determinar si hay lugar a revocar o confirmar la sentencia de primera instancia, debe el Tribunal en sede de alzada, establecer si *¿Conforme a las normas que regulan la materia, cuál es la fórmula que se debe tener en cuenta para la liquidar la asignación de retiro de un ex Infante de Marina Profesional de las Fuerzas Militares?*

Asimismo, si *¿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.

2.2.1. 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 1° 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 derecho 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 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%)".*

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, a 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,[5] 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,[6] 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,[7] 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*

[5] Ib.
[6] Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.
[7] Ib.

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 2000[8] 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

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,[9] 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,[10] es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%."*[11]

2.2.2. 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.

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.

---

[8] Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.
[9] Ib.
[10] Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.
[11] 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.

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[12], 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.*

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

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 2000[13]; 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.

2.3. 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 legislador14[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:*

---

[13] "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%)".

[14][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.

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[15]".

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".

"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

[15] 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

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[16]".

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.

[16] 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.

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

2.4. EL CASO EN CONCRETO.

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

- De acuerdo a la hoja de servicios del señor **CÉSAR AUGUSTO CARDONA ARANGO** , que ingreso desde el 2 de mayo de 1989 como soldado regular ; luego a partir del 1 de noviembre de 1991 paso a ser infante voluntario , posteriormente a partir del 14 de agosto de 2000 paso a ser infante de marina profesional , prestado sus servicios sin solución de continuidad , hasta el 30 de junio de 2011.

- Mediante Resolución No. 4020 del 30 de agosto de 2011 se reconoció al señor **CÉSAR AUGUSTO CARDONA ARANGO,** la asignación de retiro, a partir del 30 de septiembre de 2011, 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.

- En certificación expedida por CREMIL, para el 19 DE SEPTIEMBRE DE 2014, (Folio 24), se indicó que el señor **CÉSAR AUGUSTO CARDONA ARANGO,** le figura de asignación de retiro con los siguientes porcentajes y partidas computables:

Sueldo	$862.400[17]
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 los acreditado en el plenario, se evidenció que el señor **CÉSAR AUGUSTO CARDONA ARANGO,** se encontraba en el servicio activo como infante voluntario para el 31 de diciembre de 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 infante 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.

Entonces, para efectos de dar respuesta a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, reitera la Sala de asignación básica a tener en cuenta para la liquidación de asignación de retiro del señor CÉSAR AUGUSTO CARDONA ARANGO, equivalente a 1 salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, puesto que al tener la calidad de infante 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 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 derecho[18], 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. Declarándose la inaplicación del parágrafo del articulo13 del Decreto 4433 de 2004, por violar el principio constitucional de igualdad, así como, los principios rectores consagrados en la Ley 923 de 2004, en el entendido que con respectos a los soldados e infantes de marina profesionales, que tengan como derecho adquirido el subsidio familiar, este será una partida computable para efectos de calcular la asignación de retiro tal como tienen derecho los otros miembros de las Fuerzas Militares.

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, se dispondrá este Tribunal **CONFIRMAR** la sentencia objeto de alzada y en conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP, ante 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:

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA 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 el 3 de junio de 2016 proferida por el Juzgado Séptimo 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 021

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA