



## **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

Sincelejo, veintiocho (28) de abril de dos mil diecisiete (2017)

### **SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL**

**Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS**

REFERENCIA. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA  
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
PROCESO: 70-001-33-33-003-**2014-00205**-01  
DEMANDANTE: BERNARDO ENRIQUE BURGOS DELGADO  
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 proferida el 26 de agosto de 2016 por el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Sincelejo - Sucre, por la cual accedió a las súplicas de la demanda.

## **1. ANTECEDENTES**

### **1.1. LA DEMANDA<sup>1</sup>.**

El señor BERNARDO ENRIQUE BURGOS DELGADO, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda, solicitando, que se declare la nulidad del oficio No. 0017914 de fecha 18 de marzo de 2014, por medio del cual se le negó el reajuste de su asignación de retiro. Igualmente pretende, se inaplique por inconstitucional el parágrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, ya que viola en el caso particular el principio fundamental a la igualdad.

Como restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada, reliquidar la asignación de retiro tomando como base para la liquidación la

---

<sup>1</sup> Folios 1-14 cuaderno de primera instancia.

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 de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, con el 70% de la asignación básica más el 38.5 de la prima de antigüedad.

Como **FUNDAMENTOS FÁCTICOS** se expuso que, el actor Ingresó a las Fuerzas Armadas en calidad de soldado regular en el año 1990, luego en el año 1991 pasó a ser soldado voluntario, y para el año 2003 adquirió la calidad de infante de marina profesional. Por cumplir los requisitos de ley, se le reconoció una asignación de retiro a través de la resolución No. 4166 de 8 de septiembre de 2011.

La asignación de retiro reconocida se encuentra indebidamente liquidada, pues no tiene en cuenta lo previsto en el inciso segundo del artículo 1º 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.

En el mismo sentido, la liquidación de la asignación de retiro en comento desatendió lo estipulado en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, pues, debió liquidarse con base al salario básico incrementado en un 60% y no en un 40% tal como lo hizo la entidad accionada.

El 27 de febrero de 2014 el demandante radicó derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares solicitando que se reliquidara su asignación de retiro bajo los mismos supuestos aducidos en la presente demanda.

La Caja de Retiro de las fuerzas Militares el día 18 de marzo de 2014 dio respuesta a la solicitud del demandante mediante oficio NO. 00017914 expedido por el Jefe de la Oficina Asesora de la entidad demandada, negando lo solicitado, agotándose de esta forma la actuación administrativa.

**1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>2</sup>.** La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, presentó la contestación de la demanda oponiéndose a todas

---

<sup>2</sup> Folios 82-86 cuaderno de primera instancia.

y cada una de las pretensiones aludidas por la parte actora, aceptando lo hechos relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro, y negando los restantes. Propuso las siguientes excepciones:

- i) Legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes.** Argumenta que las normas que regulan y organiza la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, gozan de presunción de legalidad por lo que siendo los actos en que se fundamenta la decisión demandada, también está revistada de legalidad.
- ii) Carencia de fundamento jurídico para solicitar la inclusión del subsidio familiar, la prima de navidad, prima de vacaciones, prima de servicios anual y demás primas y bonificaciones, subsidio, auxilios y bonificaciones.** Sustenta este medio exceptivo manifestando que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, no estipula esos factores salariales como partidas computables para liquidación de la asignación de retiro, por lo que mal haría la entidad en liquidar el derecho prestacional del actor por fuera de los parámetros que establece las preceptivas que regula las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales.
- iii) No configuración de violación al derecho a la igualdad.** Justifica esta excepción diciendo que no se ha vulnerado tal derecho constitucional, pues, fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos de reconocimiento de la asignación de retiro a través del Decreto 4433 de 2004, por lo que sí el accionante tiene reproches contra las normativas que sirvieron de sustento para el reconocimiento de la asignación de retiro, deberá atacarlas judicialmente cuyo resultado tenga un directriz y efecto directo a esa entidad demandada, pues ésta tiene proscrita la facultad de realizar interpretaciones a las normas prestacionales de estos servidores del Estado.
- iv) Prescripción.** Advierte que si en gracia de discusión al accionante le asiste el derecho pretendido en esta oportunidad, se le debe aplicar al derecho reconocido la prescripción trienal prevista en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004.

- v) No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.** Afirma que la entidad ha actuado con apego al ordenamiento jurídico motivo suficiente para que se infiera que el acto acusado está desprovisto de cualquier motivación ajena a la realidad legal.

### **1.3 LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>3</sup>.**

El Juzgado Tercero Administrativo Oral de Sincelejo profirió sentencia de fondo en la que declaró la nulidad del acto demandado; además, como restablecimiento del derecho, ordenó a la entidad demandada, reconocer al señor BERNARDO ENRIQUE BURGOS DELGADO el reajuste de su asignación de retiro, que resulte entre lo que se haya pagado por dicho concepto y lo que se arroje de aplicar el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, teniendo en cuenta que el salario mensual se determina de conformidad con lo establecido en el inciso 2º artículo 1º del Decreto 1794 de 2004, desde el 29 de septiembre de 2001.

Afirmó el A quo, luego de hacer un recuento normativo de las premisas que regulan el régimen salarial y prestacional de los miembros de las Fuerzas Militares, como también el análisis jurídico realizado en torno al derecho a la igualdad de los soldados profesionales con respecto a los oficiales y suboficiales de las filas castrenses, estimó que la liquidación de la asignación de retiro efectuada en las Resolución No. 4166 de 8 de septiembre de 2011, en cuanto a la inclusión de los factores salariales que devengaba al momento de ser retirado del servicio, se encuentra ajustada al marco legal que regula la liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales, excepto el relacionado con el subsidio familiar, pues, a la luz del espíritu y noción de ésta desarrollada por la jurisprudencia constitucional, pese a que está estipulado como factor no computable para quienes tienen la condición de soldados regulares, si debe incluirse en la liquidación en virtud del principio de la igualdad de quienes tienen necesidades más apremiantes (soldados profesionales) frente a aquellos que tienen emolumentos más beneficiosos (oficiales y suboficiales), máxime que el demandante devengaba esa prestación al momento de adquirir el status de soldado retirado, por lo que

---

<sup>3</sup> Fols. 136-147

es viable inaplicar, vía excepción de inconstitucionalidad, para el caso en concreto el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

Por otro lado, consideró el juez de primera instancia que la liquidación de la asignación de retiro del actor también debe hacerse conforme al trato especial, previsto en el artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, para los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios. En tal sentido, esgrimió que la asignación reconocida debe ser reajustada teniendo como base de liquidación el salario mínimo devengado incrementado en un 60% (s.m.l.m.v. + 60%), y no incrementado en un 40% como en efecto lo hizo la entidad demandada (s.m.l.m.v. + 40%).

Por último, sostuvo que la fórmula utilizada por la entidad accionada en la liquidación de la asignación de retiro es desacertada en el entendido que el porcentaje del 70% debe ser extraído del salario básico, y no de la sumatoria del salario básico más la suma de la prima de antigüedad.

#### **1.4 EL RECURSO DE APELACIÓN<sup>4</sup>.**

La parte accionada presentó recurso de apelación dentro del término correspondiente y como argumentos principales del mismo expresó que de acuerdo con las normas que regula la liquidación de la asignación de retiro de soldados profesionales, se tiene que el acto acusado está investido de legalidad en tanto que las partidas computadas, como el porcentaje de liquidación y el salario base de liquidación se ajustan a los parámetros diseñados por el ordenamiento jurídico para estos tipos de servidores, y que para el caso de las partidas que deben computarse, éstas son netamente taxativas por lo que se encuentra proscrita toda posibilidad de incluir factores que no estén enlistados como tal, entre ellos el subsidio familiar.

Suma a lo dicho, que la prueba idónea para estudiar y reconocer la asignación de retiro de los miembros de la Fuerzas Militares es la hoja de servicios militares que expide el Ministerio de Defensa Nacional, por lo que la CREMIL está sujeta a lo que se disponga en ese documento. Para el caso concreto, en la hoja del servicio del actor no se anota la partida de subsidio familiar dentro de las partidas computables para la asignación de retiro, por lo que

---

<sup>4</sup> Fls. 151-156.

el actor debió acudir a esa autoridad administrativa con el propósito que se le tuviera en cuenta ese emolumento en la hoja de servicios, y no pretender que CREMIL asuma una carga prestacional que no le corresponde.

En ese contexto, manifestó que el hecho de no incluir el subsidio como partida computable de la asignación de retiro del demandante no significa que se haya vulnerado el derecho a la igualdad del demandante, por cuanto fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos de reconocimiento y liquidación de aquella asignación. Resalta que el evento en que el actor tenga inconformidad con la metodología de liquidación, deberá acusar las preceptivas que regulan la materia ya que la entidad le está vedada la posibilidad de realizar interpretaciones sobre éstas.

Reseñó que se debe declarar la prescripción de las mesadas causadas en virtud del artículo 43 del Decreto 4433 de 2004.

Por último, en cuanto a la condena en costas impuesta en el fallo en alzada, consideró que en la medida que en el caso de marras prosperaron parcialmente las pretensiones, conforme al artículo 365 del CGP, el operador judicial debe abstenerse de condenar por este motivo. Aunado a ello, dijo no hay lugar al pago de costas ya que no se acreditó en el expediente las causadas que las provocaron.

### **1.5 ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Las partes guardaron silencio en esta etapa procesal.

### **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.**

El Tribunal 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.

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 planteamientos expuestos en el recurso de apelación, entra el Tribunal a dilucidar el siguiente problema jurídico:

¿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 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 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,<sup>5</sup> 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,<sup>6</sup> 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,<sup>7</sup> 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 2000<sup>8</sup> 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,<sup>9</sup> 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,<sup>10</sup> es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.<sup>11</sup>

## **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.

---

<sup>5</sup> Ib.

<sup>6</sup> Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

<sup>7</sup> Ib.

<sup>8</sup> Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.

<sup>9</sup> Ib.

<sup>10</sup> Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario.

<sup>11</sup> 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.

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.**

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.

El 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<sup>12</sup>, 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.

(...)

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

---

<sup>12</sup> Para mayor ilustración sobre el principio de intangibilidad, ver sentencia C-177 de 2005 de la H. Corte Constitucional.

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<sup>13</sup>; 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 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.

En el caso de los miembros de las Fuerzas Militares, el Subsidio Familiar viene siendo regulado de tiempo atrás por el legislador<sup>14</sup>[1], como una forma de subvención, de ayuda

<sup>13</sup> "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%)".

<sup>14</sup>[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.

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.

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<sup>15</sup>.”.

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:

<sup>15</sup> 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

“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<sup>16</sup>.”

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:

---

<sup>16</sup> 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.

- De acuerdo con la Hoja de Servicios No. 4-1502992 (Folio 98) se acreditó que el señor BERNARDO ENRIQUE BURGOS DELGADO ingresó a las Fuerzas Militares – Armada Nacional, con ocasión de la prestación del servicio militar obligatorio el 1º de agosto de 1988 al 14 de febrero de 1991 (Soldado Regular); luego, continuó prestando sus servicios en la misma fuerza en calidad de Soldado Voluntario del 15 de febrero de 1991 al 13 de agosto de 2003; posteriormente, en calidad de Infante Profesional del 14 de agosto de 2003 al 30 de junio de 2011; luego gozó de tres meses de alta desde el 1º de junio de 2011 hasta el 29 de septiembre de 2011, fecha en la que se retiró del servicio.
- Mediante Resolución No. 4166 del 8 de septiembre de 2011, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció asignación de retiro al señor BERNARDO ENRIQUE BURGOS DELGADO, 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 septiembre de 2011.<sup>17</sup>
- En documento expedido por CREMIL visible a folio 15 del C. 1., se indicó que al señor BERNARDO ENRIQUE BURGOS DELGADO le figura liquidada la asignación de retiro así:

Sueldo	\$749.840 <sup>18</sup>
Prima de antigüedad 38.5%	\$288.688,40
Subtotal	\$1.038.528,40
Porcentaje de liquidación	70%
Total asignación de retiro	\$726.970

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 un (1) salario mínimo legal mensual incrementado en un 40%.

Ahora bien, de acuerdo a lo acreditado en el plenario, se evidenció que el señor BERNARDO ENRIQUE BURGOS DELGADO 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 un (1) salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%, conforme lo señalado en el

<sup>17</sup> Folios 13-14 cuaderno de primera instancia.

<sup>18</sup> Equivale al SMLMV del año 2011, incrementado en 40%, tal como expresamente lo reconoce CREMIL en la contestación de la demanda.

inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, por lo que era ésta 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.

Entonces, para efectos de dar respuesta a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, reitera la Sala que la asignación básica a tener en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro del señor BERNARDO ENRIQUE BURGOS DELGADO equivalente a un (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 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<sup>19</sup>, razón por lo que es la llamada a estudiar las peticiones de reconocimiento, liquidación y pago de tal prestación.

Por su parte, cabe precisar que haciendo una lectura integral al artículo 16 del Decreto 4433 de 2011, dentro de un contexto que brinda el principio de favorabilidad en materia prestacional, se infiere que CREMIL utiliza una formula errada en la liquidación de la asignación de retiro, en la medida que el porcentaje del 70% debe extraerse del salario base de liquidación (asignación mensual) y no de la sumatoria de éste y el 38% de la prima de antigüedad, pues la normativa taxativamente prevé que el emolumento que se afecta por este porcentaje es la asignación básico, de manera que al efectuar la liquidación como lo viene haciendo la entidad en comento se afectaría otra erogación como es la prima de antigüedad.

---

<sup>19</sup> Artículo 5 del Acuerdo N° 008 de 2002.

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.

Sin embargo, se pone de presente que no hay una razón constitucionalmente objetiva, suficiente y clara que justifique el trato diferencial entre la inclusión del subsidio familiar como factor computable para la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, y la no inclusión de la misma a los Soldados Profesionales, atendiendo su espíritu y alcance, máxime cuando en la situación particular del hoy demandante, se encuentra acreditado que en su última nómina correspondiente al mes de junio de 2011, le fue pagada tal acreencia<sup>20</sup>.

Así las cosas, conforme lo argumentado y acreditado, la asignación de retiro de la que es beneficiario el demandante, debe efectuarse bajo la siguiente metodología:

70% del Salario mínimo mensual vigente + 60%.

38% de la prima de antigüedad.

Subsidio familiar.

---

**Total = Asignación de retiro.**

En cuanto a la prescripción de derechos, se encuentra acreditado que al señor BERNARDO ENRIQUE BURGOS DELGADO le fue reconocida la asignación de retiro con efectividad desde el 30 de septiembre de 2011, mientras que la demanda fue interpuesta el 26 de agosto de 2014, 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.

---

<sup>20</sup> Folio 98

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.

### **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 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 de agosto 26 de 2016 proferida por el Juzgado Tercero 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° 067.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Los Magistrados,**

**CESAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS**

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA**