



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, dieciocho (18) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-008-2017-00185-01
DEMANDANTE:	ALFONSO JAVIER CONTRERAS PORTILLO
DEMANDADO:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia adiada 22 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Pretensiones¹:

El señor **ALFONSO JAVIER CONTRERAS PORTILLO**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL”**, para que se declare la nulidad del acto administrativo No. 2016-58377 del 30 de agosto de 2016, mediante el cual, se negó el reajuste del porcentaje de la partida de subsidio familiar que se viene liquidando en la asignación de retiro.

¹ Folios 9 - 10 del cuaderno de primera instancia.

A título de restablecimiento, solicita el actor se ordene a la entidad demandada a que le reajuste su asignación de retiro, con la inclusión de la partida del subsidio familiar en la misma proporción que venía percibiendo en actividad, esto es, 62,5%.

Igualmente, solicita el accionante se ordene el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte del reajuste solicitado; así como el pago de los respectivos intereses moratorios.

1.2.- Hechos de la demanda²:

Manifestó el demandante Alfonso Javier Contreras Portillo, que prestó sus servicios profesionales en el Ejército Nacional por espacio de 20 años.

Señaló, que de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del Decreto 1794, le fue reconocida y pagada una partida de subsidio familiar, que al momento del retiro correspondía al 62,5% de la asignación básica.

Indicó, que mediante Resolución No. 4940 del 19 de julio de 2016, le fue reconocida la asignación de retiro y en su liquidación, le fue computada la partida de subsidio familiar en un porcentaje del 18.75% de la asignación básica, correspondiendo a un 30% de lo que tenía reconocido al momento del retiro, que era del 62.5%.

Refirió, que presentó petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, solicitando el incremento del porcentaje de la partida del subsidio familiar que se venía computando en la liquidación de la asignación de retiro, del 18.75% al 62,5% de la asignación básica.

Anotó, que dicha petición fue negada por la entidad mediante acto administrativo No. 2016-58377 del 30 de agosto de 2016.

² Folio 10 del cuaderno de primera instancia.

Como **normas violadas**³, adujo las siguientes: artículos 1, 4, 13, 42 y 53 de la Constitución Política; artículos 2 y 2.7 de la Ley 923 de 2004; artículos 2, 5 y 13 del Decreto 4433 de 2004.

El **marco de violación**⁴, manifestó que la entidad demandada liquidaba las asignaciones de retiro de los Oficiales y Suboficiales, incluyendo la partida de subsidio familiar en el 100% de lo reconocido al momento del retiro (62.5% de la asignación básica), y a los Soldados Profesionales solo les computaba el 30%, lo que evidenciaba un trato desigual y discriminatorio entre aquellos y estos.

Afirmó, que no incluir la partida del subsidio familiar en la liquidación de las asignaciones de retiro de los Soldado Profesionales en el porcentaje que tenían reconocido al momento del retiro del servicio activo, afectaba de forma directa el mínimo vital con el cual debía mantener su familia.

1.3. Contestación de la demanda⁵.

La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL", a través de apoderada judicial, ejerce su derecho de contradicción oponiéndose a las pretensiones de la demanda, así como a la condena en costas y agencias en derecho.

Señala, que solo acepta los hechos relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro y la conclusión del procedimiento administrativo. Respecto de los demás, presentó oposición.

Propuso las siguientes excepciones: i) *legalidad de las actuaciones efectuadas por CREMIL - correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes*; ii) *existencia del reconocimiento e inclusión del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro*; iii) *No configuración de violación al derecho a la igualdad*; iv) *No configuración de causal de*

³ Folio 11 del cuaderno de primera instancia.

⁴ Folios 11 - 25 del cuaderno de primera instancia.

⁵ Folios 68 - 71 del cuaderno de primera instancia.

nulidad; v) *No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.*

Todas estas excepciones, apuntan a acreditar que la entidad aplicó la normatividad referente a la inclusión del subsidio familiar en la pensión de los soldados profesionales, sin que se hubiese producido un trato desequilibrado entre éstos y los demás miembros de la Fuerzas Militares, como Oficiales y Suboficiales.

1.4.- Sentencia impugnada⁶.

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de 22 de agosto de 2018, declaró no probadas, las excepciones propuestas por la entidad demandada; e inaplicó por inconstitucional el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014.

A su vez, declaró la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 2016-58377 del 30 de agosto de 2016, por medio del cual, se negó el reajuste de la asignación de retiro del actor.

A título de restablecimiento del derecho, condenó a CREMIL a reliquidar la asignación de retiro del señor ALFONSO JAVIER CONTRERAS PORTILLO, con la inclusión del subsidio familiar como partida computable, en la cuantía devengada al momento de su retiro.

Así mismo, condenó a la entidad demandada al pago de las diferencias resultantes del reajuste de la asignación, a partir de la fecha en que adquirió el derecho.

Fundamentó el A-quo, que en aplicación del principio a la igualdad, era procedente reconocerles a los Soldados e Infantes de Marina Profesionales la inclusión del subsidio familiar como partida computable en su asignación de retiro, en cuantía igual a la percibida al momento del retiro.

⁶ Folios 110 - 118 del cuaderno de primera instancia.

Indicó, que en el presente caso, en aplicación del artículo 1º del Decreto 1162 de 2014, al actor se le computó el subsidio familiar en su asignación de retiro en un porcentaje del 30% de lo devengado en actividad, violándosele con ello su derecho fundamental a la igualdad con relación a los Oficiales y Suboficiales, a quienes se les incluía en cuantía del 100%, máxime, si se tenía presente que el demandante conformó un núcleo familiar donde habían tres menores, conforme lo probado en el proceso.

1.5.- El recurso⁷.

La **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL)**, a través de apoderado judicial, interpuso recurso de apelación con el objeto de que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se nieguen las súplicas de la demanda.

Argumentó, que al Militar mediante Resolución No. 4940 del 19 de julio de 2016, se le reconoció el subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro, de conformidad con lo señalado en el Decreto 1162 de 2014.

Por otro lado, solicitó se le exonerara de la condena en costas, toda vez, que la entidad no había realizado actos dilatorios, ni temerarios, ni encaminados a perturbar el procedimiento, habiéndose limitado a realizar actos propios a la defensa judicial.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 19 de diciembre de 2018, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada⁸.

⁷ Folios 123 - 126 del cuaderno de primera instancia.

⁸ Folio 10, cuaderno de segunda instancia.

- En proveído de 12 de abril de 2019, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo⁹.

- La **parte demandante**¹⁰, luego de hacer un análisis normativo, dedujo que le era más favorable la aplicación del artículo 5° del Decreto 1161 de 2014 para determinar cuál era el porcentaje que se le debía reconocer de la partida de subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro, norma que era concordante con el artículo 13.1.7 del Decreto 4433 de 2004, en cuanto a que se debía tener en cuenta el porcentaje que se tenía reconocido de esta prestación al momento del retiro.

Así mismo, hizo alusión a los principios de favorabilidad y progresividad, para reclamar la liquidación de tal partida en el porcentaje del 62.5% de la asignación básica devengada al momento del retiro.

- La **parte demandada**¹¹, reiteró su inconformidad con la sentencia de primer grado, reiterando lo expuesto en el escrito de apelación.

- el Agente del Ministerio Público, no emitió concepto de fondo, en esta oportunidad

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal es competente para conocer en **segunda instancia** de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁹ Folio 8, cuaderno de segunda instancia.

¹⁰ Folios 18 – 27, cuaderno de segunda instancia.

¹¹ Folios 51 - 55, cuaderno de segunda instancia.

2.2. Problema Jurídico.

De los extremos de la litis, el problema jurídico a desatar en el presente asunto consiste en determinar: ¿Es procedente computar en la base de liquidación de la asignación de retiro, el porcentaje devengado en actividad por concepto de subsidio familiar?

2.3. Análisis de la Sala.

2.3.1. El subsidio familiar y su naturaleza como factor liquidatorio, a la hora de ser reconocida la asignación de retiro de los Infantes de Marina profesional. Aplicación de la sentencia de unificación del Honorable Consejo de Estado¹².

Dado el contenido y tratamiento que del tema se hace en la citada sentencia de unificación, se transcribe a continuación su contenido, in extenso:

“... i) Las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales

60. En relación con esta materia, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado informó que se han presentado diferencias con los siguientes temas:

i) **Subsidio familiar** y

ii) Duodécima parte de la prima de navidad

61. En lo que respecta al **subsidio familiar** se ha discutido si debe o no ser tenido en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales. Ello, por cuanto este personal ha reclamado la inclusión de tal emolumento como partida computable para la liquidación de su asignación de retiro, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 1161 de

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019. C. P.: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Radicación: 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016). Demandante: JULIO CÉSAR BENAVIDES BORJA. Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

2014¹³ y el Decreto 1162 de 2014¹⁴, los cuales establecieron que a partir de julio de 2014, debía tenerse en cuenta el subsidio familiar como partida computable, en cuantía del 30%.

62. Es de anotar que, con anterioridad a dicha normativa, los soldados profesionales en actividad devengaban, con fundamento en el Decreto 1794 de 2000, un subsidio familiar que equivalía al 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad. Tal disposición fue derogada por el Decreto 3770 de 2009¹⁵ el cual, pese a eliminar el subsidio familiar, precisó que este se mantendría para los soldados que venían devengándolo hasta la fecha de su retiro, con la aclaración de que el valor del subsidio familiar consagrado en el Decreto 1794 de 2000, era el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% del salario básico mensual + 100% de la prima de antigüedad mensual.

63. Por su parte, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que contempla cuáles son las partidas computables para efectos de liquidar la asignación de retiro del personal de las Fuerzas Militares, no prevé para los soldados profesionales el subsidio familiar. El texto del artículo en cita es del siguiente tenor:

“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 60 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 1o del Decreto-ley 1794 de 2000.

¹³ “Por el cual se crea el subsidio familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales y se dictan otras disposiciones”.

¹⁴ “Por el cual se dictan disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares”.

¹⁵ El cual por su parte, fue declarado nulo por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

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”.

64. Se observa entonces que la norma transcrita consagra como partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales el salario mensual y la prima de antigüedad, sin embargo, para los oficiales y suboficiales se incluyen otros factores, dentro de ellos, el subsidio familiar. Esta situación ha llevado a los primeros a reclamar la inclusión del emolumento en mención para efectos de calcular su mesada, asunto que ha sido objeto de estudio por parte del Consejo de Estado en sus secciones, pero respecto del cual tampoco se ha proferido una sentencia de unificación. En este contexto, se advierte que algunos tribunales administrativos se ajustaron al criterio literal y taxativo de la norma que definía los factores computables para la asignación de retiro, mientras que otros sostenían que el subsidio familiar sí debía tenerse en cuenta para la liquidación de la prestación.

65. Lo anterior generó la interposición de múltiples acciones de tutela ante esta Corporación, que dieron lugar a la expedición de la sentencia del 17 de octubre de 2013¹⁶, en la cual, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado consideró que la exclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales atentaba contra el derecho a la igualdad, con base en el siguiente razonamiento:

En efecto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece un trato diferenciado, al incluir el subsidio familiar en la liquidación de los Oficiales y Suboficiales, empero, no la incluyó en los Soldados Profesionales, sin que se vislumbre justificación razonable para tal exclusión.

Por el contrario, si se tiene en cuenta que la finalidad del plurimencionado subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo en consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para los Oficiales y Suboficiales que se encuentran un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 17 de octubre de 2013, radicación: 110010315000201301821 01 (AC), actor: José Narcés López Bermúdez.

Así pues, a luz de la Carta Política y los postulados del Estado Social de Derecho, resulta inaceptable que el Decreto 4433 de 2004 haya previsto el subsidio familiar como partida computable para los miembros de las Fuerza Pública que tienen una mejor categoría – los Oficiales y Suboficiales – dejando por fuera a los que devengan un salario inferior y en consecuencia, a quienes más lo necesitan, los Soldados Profesionales.

66. Acorde con lo anterior, la vulneración al derecho a la igualdad y la finalidad del subsidio familiar han sido el punto de partida para distintos pronunciamientos dentro de acciones de tutela instauradas contra las sentencias proferidas por los tribunales administrativos del país, y se ha asumido como el argumento central para restarle validez al criterio de la taxatividad en relación con los factores que se deben incluir en la liquidación de la prestación objeto de estudio¹⁷, el cual, a su vez, se vio reflejado en el pronunciamiento emitido dentro de un proceso de restablecimiento del derecho del 27 de octubre de 2016¹⁸, empero, no se ha proferido una sentencia de unificación en la materia (...)

5. Subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales

151. Antes de definir lo relativo a este punto, la Sala estima necesario hacer unas consideraciones en relación con: i) la competencia para establecer el régimen pensional de la Fuerza Pública; ii) ejercicio de la potestad reglamentaria; iii) principios laborales como mandatos de optimización y como límites de la competencia para regular el régimen de los miembros de la Fuerza Pública; iv) subsidio familiar como partida computable.

(...)

¹⁷ Dentro de las sentencias en las que se reitera la posición expuesta se pueden ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Cuarta, sentencia del 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500380 00 (AC), actor: Jairo Jaraba Morales; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500801 00(AC), actor: José Edgar Moncada Rangel; Sección Primera, sentencia del 28 de mayo de 2015, radicación: 110010315000201500001 01(AC), actor: Eduar Chica Zea; Sección Primera, sentencia del 12 de noviembre de 2015, radicación: 11010315000201500009 00(AC), actor: José Ober Dávila Bueno; Sección Primera, sentencia del 23 de junio de 2017, radicación: 110010315000201701058 00 (AC), actor: Aedwing Guerrero Galvis; Sección Segunda, sentencia del 4 de septiembre de 2017, radicación: 110010315000201701922 00(AC), actor: Oscar Daniel Lenis Morales; Sección Primera, sentencia del 8 de noviembre de 2017, radicación: 110010315000201701527 00 (AC), actor: José Alirio Camargo Pérez.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 27 de octubre de 2016, radicación: 250002342000201300143 01 (3663-2014), actor: Armando Guarín Cujaban.

5.4. Subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales

176. En primer lugar, es importante señalar que, en términos de la Corte Constitucional¹⁹, el subsidio familiar se puede definir como «una prestación social legal de carácter laboral²⁰ y, desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone. De tal manera que 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».

177. Por su parte, la Ley 21 de 1982²¹ concibió el subsidio familiar como una prestación social que tendría la finalidad de aliviar las cargas del sostenimiento de la familia, pagadera en dinero, especie y servicios para aquellos trabajadores de medianos y menores ingresos, su pago sería proporcional al número de personas a cargo y su finalidad (artículo 1), pero no constituiría salario ni se tendría como factor del mismo para ningún efecto (artículo 2).

178. En lo que respecta a su pago, el artículo 5 ejusdem reguló las diferentes modalidades así:

- **En dinero:** se daría como una cuota monetaria por cada persona a cargo que le diera derecho a la prestación.

- **En especie:** se reconocería en alimentos, vestido, becas de estudio, textos escolares, medicamentos u otros bienes distintos al dinero.

- **En servicios:** es aquel beneficio que se otorgaría mediante la utilización de las obras y programas sociales organizados por las cajas de compensación familiar.

179. Ahora, en el artículo 13 de la Ley 21 de 1982 se precisó que el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, entre otras entidades, continuarían pagando el subsidio familiar de acuerdo con las normas especiales que las regían. Así, para las Fuerzas Militares, el Decreto 1211 de 1990

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-508 de 1997.

²⁰ En la providencia en mención, se citó: «La Corte Suprema de Justicia, ha establecido que las prestaciones sociales son todo aquello que debe el empleador al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas, pactos colectivos, contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo, fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del empleador, para cubrir riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma. Sobre el particular ver las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral del 9 de septiembre de 1982, 18 de julio de 1985 y 12 de febrero de 1993.».

²¹ «Por la cual se modifica el régimen del Subsidio familiar y se dictan otras disposiciones».

reguló el derecho para los oficiales y suboficiales, en los artículos 79 y siguientes, y para los soldados solo se concibió hasta la expedición del Decreto 1794 de 2000, que le confirió a los soldados que se incorporaran como profesionales, la posibilidad de devengarlo durante el servicio, en los siguientes términos:

“ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente”.

180. Más adelante y en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4 de 1992, el presidente de la República expidió el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009²² por medio del cual se derogó la anterior disposición. Sin embargo, la dejó a salvo para aquellos que ya la venían devengando, en los siguientes términos:

«**PARÁGRAFO PRIMERO.** Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio».

181. Por su parte, el parágrafo segundo de esta norma aclaró que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual.

182. Es de anotar que el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009 fue declarado nulo por la Sección Segunda, Subsección B, en providencia del 8 de junio de 2017²³, con lo cual revivió el artículo 11 del Decreto 1194 de 2000 que consagraba el derecho al subsidio familiar para los soldados profesionales casados o en unión libre.

183. Ahora bien, en desarrollo de las Leyes 4 de 1992 y 923 de 2004, el presidente de la República expidió el Decreto 1161 del 24

²² «**Por el cual se deroga el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones**»

²³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de junio de 2017, radicación: 110010325000201000065 00(0686-2010), actor: Fundación Colombiana Sentimiento Patrio de los soldados e infantes de Marina Profesionales «SEDESOL».

de junio de 2014²⁴, por medio del cual creó nuevamente el subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales, a partir del 1 de julio de 2014²⁵. Adicionalmente, en el artículo 5, se incluyó el subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro y la pensión de invalidez, en valor del 70% de lo que se devengue por dicho concepto en servicio activo, en los siguientes términos:

“Artículo 5. A partir de julio de 2014, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez del personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, el setenta por ciento (70%) del valor que se devengue en actividad por concepto de subsidio familiar, establecido en el artículo primero del presente decreto; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones

²⁴ «Por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones».

²⁵ **«ARTÍCULO 1º. Subsidio Familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales.** Créase, a partir del 1º de julio del 2014, para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no perciben el subsidio familiar regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, así:

a. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente, más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c. de este artículo.

b. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales viudos siempre y cuando hayan quedado a cargo de los hijos habidos dentro del matrimonio o dentro de la unión marital de hecho, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c. del presente artículo.

c. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo. En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica.

PARÁGRAFO 1. El subsidio familiar previsto en el presente artículo en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica de los soldados profesionales e infantes de marina profesionales.

PARÁGRAFO 2. Para los efectos previstos en este artículo los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares a partir del 01 de Julio de 2014, podrán elevar al Comando de Fuerza. la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar previsto en el presente decreto, y el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud de que trata el presente parágrafo, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago.

PARÁGRAFO 3. Los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares que estén percibiendo el subsidio familiar previsto en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, no tendrán derecho a percibir el subsidio familiar que se crea en el presente decreto».

normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 o normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan”.

184. En la misma fecha, se expidieron disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los soldados profesionales y los infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares, a través del Decreto 1162 de 2014 el cual, en su artículo 1 previó lo siguiente:

ARTÍCULO 1. A partir de julio del 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que **al momento del retiro estén devengando** el subsidio familiar, regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, **se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro** y pensión de invalidez **el treinta por ciento (30%) de dicho valor**; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

185. Las normas en comento llevan a concluir que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004²⁶, para incluir el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales, de manera que, a partir de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, las partidas computables son las siguientes:

- Salario mensual: en los términos del artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, esto es,

- Prima de antigüedad: en porcentaje del 38.5%, según lo previsto por el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

- Subsidio familiar en porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009²⁷, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida²⁸.

186. Es de anotar que si bien con ocasión del Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, fue tan solo hasta la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 que tal partida se consagró como computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues con anterioridad a dicha fecha no existía disposición legal que así la contemplara.

²⁶ Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

²⁷ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

²⁸ Artículo 5 del Decreto 1161 de 2014.

187. En conclusión, Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30%²⁹ para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000³⁰ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

5.4.1. De la inclusión del subsidio familiar para la liquidación de la asignación de soldados profesionales antes de la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014

188. En capítulos precedentes se señaló que en sentencia del 17 de octubre de 2013³¹ la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se consideró que la exclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales atenta contra el derecho a la igualdad, concluyó que existía un trato diferenciado sin una justificación razonable, al excluir un emolumento cuya finalidad es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de quienes están a su cargo, con base en el siguiente razonamiento³²:

«En efecto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece un trato diferenciado, al incluir el subsidio familiar en la liquidación de los Oficiales y Suboficiales, empero, no la incluyó en los Soldados Profesionales, sin que se vislumbre justificación razonable para tal exclusión.

Por el contrario, si se tiene en cuenta que la finalidad del plurimencionado subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo

²⁹ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

³⁰ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

³¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 17 de octubre de 2013, radicación: 110010315000201301821 01 (AC), actor: José Narcés López Bermúdez.

³² Dentro de las sentencias en las que se reitera la posición expuesta se pueden ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Cuarta, sentencia del 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500380 00 (AC), actor: Jairo Jaraba Morales; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500801 00(AC), actor: José Edgar Moncada Rangel; Sección Primera, sentencia del 28 de mayo de 2015, radicación: 110010315000201500001 01(AC), actor: Eduar Chica Zea; Sección Primera, sentencia del 12 de noviembre de 2015, radicación: 11010315000201500009 00(AC), actor: José Ober Dávila Bueno; Sección Primera, sentencia del 23 de junio de 2017, radicación: 110010315000201701058 00 (AC), actor: Aedwing Guerrero Galvis; Sección Segunda, sentencia del 4 de septiembre de 2017, radicación: 110010315000201701922 00(AC), actor: Oscar Daniel Lenis Morales; Sección Primera, sentencia del 8 de noviembre de 2017, radicación: 110010315000201701527 00 (AC), actor: José Alirio Camargo Pérez, y en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho resuelto mediante providencia de la Subsección A, sentencia del 27 de octubre de 2016, radicación: 250002342000201300143 01 (3663-2014), actor: Armando Guarín Cujaban.

en consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para los Oficiales y Suboficiales que se encuentran un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales.

Así pues, a luz de la Carta Política y los postulados del Estado Social de Derecho, resulta inaceptable que el Decreto 4433 de 2004 haya previsto el subsidio familiar como partida computable para los miembros de las Fuerza Pública que tienen una mejor categoría – los Oficiales y Suboficiales – dejando por fuera a los que devengan un salario inferior y en consecuencia, a quienes más lo necesitan, los Soldados Profesionales.»

189. Acorde con lo anterior, la vulneración al derecho a la igualdad y la finalidad del subsidio familiar han sido el punto de partida para distintos pronunciamientos dentro de acciones de tutela instauradas contra las sentencias proferidas por los tribunales administrativos del país, y se ha asumido como el argumento central para restarle validez al criterio de la taxatividad en relación con los factores que se deben incluir en la liquidación de la prestación objeto de estudio³³, el cual, a su vez, se vio reflejado en el pronunciamiento emitido dentro de un proceso de restablecimiento del derecho del 27 de octubre de 2016³⁴, empero, no se ha proferido una sentencia de unificación en la materia.

190. No obstante, es necesario verificar dicha hipótesis, para lo cual se acude al test de igualdad, que precisa que se siga el siguiente orden descrito en la sentencia C-015 de 2014³⁵,

³³ Dentro de las sentencias en las que se reitera la posición expuesta se pueden ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Cuarta, sentencia del 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500380 00 (AC), actor: Jairo Jaraba Morales; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500801 00(AC), actor: José Edgar Moncada Rangel; Sección Primera, sentencia del 28 de mayo de 2015, radicación: 110010315000201500001 01(AC), actor: Eduar Chica Zea; Sección Primera, sentencia del 12 de noviembre de 2015, radicación: 11010315000201500009 00(AC), actor: José Ober Dávila Bueno; Sección Primera, sentencia del 23 de junio de 2017, radicación: 110010315000201701058 00 (AC), actor: Aedwing Guerrero Galvis; Sección Segunda, sentencia del 4 de septiembre de 2017, radicación: 110010315000201701922 00(AC), actor: Oscar Daniel Lenis Morales; Sección Primera, sentencia del 8 de noviembre de 2017, radicación: 110010315000201701527 00 (AC), actor: José Alirio Camargo Pérez.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 27 de octubre de 2016, radicación: 250002342000201300143 01 (3663-2014), actor: Armando Guarín Cujaban.

³⁵ El test se aplica en nivel de intensidad leve, conforme lo sostenido por la misma Corte Constitucional en la sentencia C- 015 de 2014, al señalar: «[...]La regla es la de que al ejercer el control de constitucionalidad se debe aplicar un test leve, que es el ordinario. Este test se limita a establecer la legitimidad del fin y del medio, debiendo ser este último adecuado para lograr el primero, valga decir, a verificar si dichos fin y medio no están constitucionalmente prohibidos y si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero. Esta regla se formula a partir de dos importantes consideraciones: el principio democrático, en el que se funda el ejercicio de las competencias del legislador, y la

mencionado previamente. Para lo cual, la Sala determinará si los soldados profesionales se encuentran en un plano de igualdad fáctica frente a los oficiales y suboficiales, dado que la providencia del 17 de octubre 2003, consideró suficiente el hecho de que tanto soldados profesionales como oficiales y suboficiales fueran miembros de las fuerzas militares para ubicarlos en un plano de igualdad fáctica.

191. Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime³⁶ que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales.

192. En ese sentido, la Corte ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse «como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática»³⁷, por lo que ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que aunque otorgan un trato desigual, se basan en circunstancias objetivas y razonables por lo cual se ajustan a la Constitución, resaltando que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes presupuestos: «(i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad»³⁸, por lo cual ha concluido que «la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad».

193. En relación con este punto, se reiteran las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia C-057 de 2010, al analizar la exequibilidad de los apartes demandados del

“presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas”. El test leve busca evitar decisiones arbitrarias y caprichosas del legislador, es decir, decisiones que no tengan un mínimo de racionalidad.

El test leve ha sido aplicado por este tribunal en casos en que se estudian materias económicas, tributarias o de política internacional, o en aquellos en que está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, o en los cuales se trata de analizar una normatividad anterior a la vigencia de la Carta de 1991 derogada pero que surte efectos en el presente, o cuando, a partir del contexto normativo del precepto demandado, no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión.[...]

³⁶ T-530 de 2002, T-119 de 2001, T-540 de 2000, T-117 de 2003, C-1110 de 2001.

³⁷ T-587 de 2006.

³⁸ Ibídem.

artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994³⁹ y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005⁴⁰, y a las que se hizo referencia in extenso en acápites anteriores, en la que concluyó que la diferencia entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados se encontraba justificada.

194. A lo anterior se agrega, que el de la igualdad no es el único principio que debe atenderse para la interpretación de la disposición objeto de análisis, pues es claro que existía una situación previa en la que los soldados profesionales no tenían el mismo grado de protección del derecho a la seguridad social de los oficiales y suboficiales, pues fue solo hasta la expedición del Decreto 4433 de 2004 que se consagró la asignación de retiro, con lo cual se observó un avance en materia de garantías para los soldados profesionales.

195. De acuerdo con lo expuesto en precedencia, el hecho de consagrar una asignación de retiro para un sector de las fuerzas militares que antes no lo tenía, es una expresión del principio de progresividad, lo cual, admite que se implemente con cierta gradualidad, hacia la plena realización de los derechos en el diseño y ejecución de políticas públicas en materia del derecho a la seguridad social. Visto así, se trata de una medida positiva encaminada a lograr la igualdad en la protección de todos los miembros de las fuerzas militares durante el retiro, aspecto para el cual se deben tener en cuenta factores tales como los recursos de los que se disponga⁴¹, de manera que se asegure la viabilidad de las decisiones que se adopten en tal sentido, ello permite entender que más adelante, se amplió el radio de esta garantía con los Decretos 1161 y 1162 de 2014, que incluyeron expresamente este emolumento, como partida computable en la liquidación de la prestación bajo estudio.

196. Una vez definido que no se vulnera el derecho a la igualdad de los soldados profesionales frente a los oficiales y suboficiales, frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, surge un interrogante de similares connotaciones, entre aquellos soldados profesionales que adquirieron la asignación de retiro con antelación a la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, frente a quienes consolidan su derecho con posterioridad a ellos, lo que implica la inclusión del emolumento bajo estudio.

197. Tal situación, supone la confrontación de las situaciones ambos grupos de personal, que ameritan un nuevo análisis del

³⁹ Por el cual se modifica la caja de vivienda militar y se dictan otras disposiciones.

⁴⁰ Por la cual se modifica el Decreto-ley 353 del 11 de febrero de 1994 y se dictan otras disposiciones.

⁴¹ Art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales.

derecho a la igualdad, bajo el mismo esquema planteado anteriormente, test de igualdad, así:

198. i) Patrón de igualdad: En el escenario planteado se evidencia con facilidad que se trata de sujetos de la misma naturaleza, sin que dicha condición se vea modificada por la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014.

199. ii) Trato desigual entre iguales: De igual manera, se puede afirmar, sin hesitación alguna, que con la expedición de los mencionados Decretos 1161 y 1162 de 2014 se imparte un trato diferenciado frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues a quienes adquirieron el derecho previamente, según se definió en líneas anteriores, no les asiste derecho a su cómputo.

200. iii) La diferencia de trato está constitucionalmente justificada: En este punto, es igualmente relevante remitirse al ámbito de aplicación del principio de progresividad, el cual admite la adopción de medidas que amplíen el catálogo de derechos, se presente de manera gradual. Así las cosas, el hecho de que el derecho a la asignación de retiro no abarque desde su nacimiento a la vida jurídica absolutamente todas las partidas que se espera que lleguen a conformarla, no vulnera por sí mismo el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que es constitucionalmente admisible que el derecho se amplíe de manera escalonada, lo que de suyo implica que los sujetos que logren consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones.

201. De esta manera, se observa que existe una razón suficiente para un trato jurídico desigual dada por el principio de la progresividad⁴² a lo que se agrega el principio formal de la libertad de configuración del legislador o en este caso el ejecutivo para regular la materia, tal y como antes se analizó, de manera que el trato en el plano jurídico de la asignación de retiro que se otorga a los soldados profesionales antes de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 no resulta arbitrario ni injustificado.

202. Bajo el modelo descrito, es claro que aunque es cierto que existe un trato jurídico distinto entre sujetos que se encuentran en un plano de igualdad fáctica, lo cierto es que tal situación está justificada en principios de raigambre constitucional, de manera que no se configura la vulneración del derecho a la igualdad.

⁴² R. Alexy destaca «El principio de igualdad de hecho es, por lo tanto, una razón suficiente para un derecho subjetivo definitivo a un trato jurídico desigual que sirve para la creación de la igualdad de hecho, sólo si desplaza a todos los otros principios contrapuestos que estén en juego.». Teoría de los Derechos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da edición, Madrid 2017, p. 373.

203. En conclusión: Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal (...).

6. Reglas de unificación

253. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en el tema puesto a consideración: (...)

2. Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30%⁴³ para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000⁴⁴ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

3. Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal. (...)

7. No son aplicables a los soldados profesionales los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015 para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

8. Esta sentencia no es constitutiva del derecho por lo que las reclamaciones que se hagan con fundamento en ella quedarán sujetas a las reglas de prescripción.

(...)

12. Efectos en el tiempo de las sentencias de unificación. Precedente y su vinculatoriedad (...)

(...)

12. Efectos en el tiempo de las reglas de unificación (...)

287. Ahora bien, en el sub examine, es importante anotar que la tesis aquí expuesta no implica un cambio de jurisprudencia. Por el contrario, se trata de materias sobre las cuales se está sentando

⁴³ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

⁴⁴ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

jurisprudencia y, adicionalmente, no se observa que con las reglas acá establecidas se esté restringiendo el acceso a la administración de justicia, o se configure alguna de las hipótesis referidas anteriormente, por lo que no se advierte la necesidad de dar efectos prospectivos al precedente que constituye esta decisión.

288. Por lo anterior, se considera que las reglas de unificación contenidas en esta sentencia deben aplicarse de manera retroactiva a todos los casos pendientes de discusión tanto en vía administrativa como en vía judicial.

289. De igual manera, debe precisarse que aquellos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables. Así mismo, como esta sentencia no es constitutiva de derecho, las reclamaciones que se hagan con fundamento en ella quedarán sujetas a las reglas de prescripción..."

2.3.2. Caso concreto

2.3.2.1. Inclusión subsidio familiar

Abordando el sub examine, se evidencia, que mediante Resolución No. 4940 del 19 de julio de 2016⁴⁵ la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", le reconoció al señor ALFONSO JAVIER CONTRERAS PORTILLO una asignación de retiro efectiva a partir del 29 de junio de 2016, 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.

De igual manera, se avizora en la hoja de servicios, que el actor, durante su servicio activo, percibía el subsidio familiar⁴⁶.

Visto lo anterior, en estricta aplicación de las novísimas reglas jurisprudenciales, las cuales el Tribunal debe acoger pese a que con anterioridad tenía una posición distinta, en respeto del precedente y a que los argumentos esbozados ya fueron analizados por dicha providencia, lo

⁴⁵ Folios 6 - 7 del cuaderno de primera instancia.

⁴⁶ Folio 5, cuaderno de primera instancia.

cual es permitido dado que el proceso judicial no ha hecho tránsito a cosa juzgada y ser el tema objeto estricto de apelación, se estima que el señor Alfonso Javier Contreras Portillo, al haber causado **su derecho a la asignación de retiro luego del mes de julio de 2014, tiene derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en su asignación de retiro, en un porcentaje del 30%, de conformidad con el art. 1º del Decreto 1162 de 2014, en tanto, al momento de su retiro se hallaba devengando el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000⁴⁷.**

Al efecto, se advierte que en la hoja de servicios se indica que el actor percibía el porcentaje del 4% como subsidio familiar, que en realidad, por la aplicación de lo dispuesto en la norma antes mencionada, corresponde al 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad, teniendo en cuenta que el sueldo básico devengado es de \$935.267.00, la prima de antigüedad se tasa en \$564.663.64 y lo reconocido por tal concepto alcanza la suma de \$603.273.12⁴⁸.

De ahí que al haberse incluido el porcentaje del 30% del subsidio familiar devengado en actividad (no hay discusión sobre este porcentaje y las cuentas se ajustan al mismo), la Resolución No. 4940 del 19 de julio de 2016, *“por medio de la cual se ordena el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al señor Infante de Marina Profesional (RA) de la Armada ALFONSO JAVIER CONTRERAS PORTILLO”* se ajuste al ordenamiento jurídico y por ende, el acto administrativo demandado,, sin que puedan ser de recibo los argumentos del demandante, tal y como lo expuso la sentencia de unificación referenciada en el marco normativo.

En orden de lo expuesto, prosperan los reparos formulados por la parte demandada frente al tema del porcentaje del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro del demandante, por lo que esta Sala revocará la sentencia objeto de alzada, negando las pretensiones.

⁴⁷ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

⁴⁸ Folio 5, cuaderno de primera instancia.

2.3.2.2. De la condena en costas

Cae de su peso, que al haber prosperado el recurso a la parte demandada no procede la condena en costas en su contra, en ninguna de las instancias, procediendo por el contrario, aparentemente, la condena en tal sentido a su contraparte; sin embargo, la Sala acoge los argumentos que a continuación se esbozan, para negar en este caso en concreto, tal condena.

Al efecto, la Sala acoge el criterio del Honorable Consejo de Estado contenido en la sentencia del 18 de julio de 2018, C. P. Dr.: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00689-01(3300-14), Actor: ISABEL VEGA BELTRÁN, Demandado: MUNICIPIO DE RIONEGRO (SANTANDER), Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en la cual se dijo:

“Esta Subsección en providencia con ponencia del suscrito ponente⁴⁹ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA; en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «subjetivo» –CCA- a uno «objetivo valorativo» –CPACA-.

b) Se concluye que es «objetivo» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de «valorativo» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos

⁴⁹ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁵⁰, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia”.

Por tanto y en ese hilo argumentativo, en el presente caso, al tratarse de una persona que percibe asignación de retiro, que fue vencido en juicio a raíz de un cambio sustancial en la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, respecto a la interpretación sobre los factores que deben tenerse en cuenta para liquidar su asignación de retiro, que se presenta con posterioridad a la radicación de la demanda y en desarrollo del trámite procesal, aunado a que las actuaciones adelantadas por la accionante son las que normalmente se esperan al interior de un proceso, la Sala se abstendrá de imponer costas.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia datada 22 de agosto de 2018, proferida en por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo,

⁵⁰ «**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»

conforme lo expuesto; en consecuencia, **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte demandante, conforme lo anotado.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 0149/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA