



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, seis (06) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

**RADICACIÓN:** 70-001-33-33-001-2016-00265-01  
**DEMANDANTE:** ELID ANTONIO HERRERA HERNÁNDEZ  
**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 las partes -demandante y demandada- contra la sentencia adiada 31 de agosto de 2017, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

### 1. ANTECEDENTES:

#### 1.1 Pretensiones<sup>1</sup>:

El señor **ELID ANTONIO HERRERA HERNÁNDEZ**, 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 de los Oficios Nos. 0045508 de julio 7 de 2016, mediante el cual, se negó el reajuste de la asignación de retiro y 0056238 de agosto 22 de 2016, mediante el cual, se resolvió un recurso de reposición.

---

<sup>1</sup> Folio 33 del cuaderno de primera instancia.

Como consecuencia de lo anterior, la parte actora, solicita se condene a la parte demandada al reconocimiento y pago de la reliquidación de su asignación de retiro, por la indebida aplicación de la fórmula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1 ibídem y lo establecido en el inciso 2 del artículo 1º del Decreto 1794 del 2000.

Igualmente, pide se reajuste su asignación de retiro por falta de aplicación de lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, ya que se tomó el salario mínimo legal vigente, incrementado solo en un 40% y no en un 60%, tal como lo establece la citada norma.

Así mismo, solicita se reajuste su asignación de retiro por violación a su derecho a la igualdad (art. 13 de la C. N.), al dejarse de incluir el subsidio familiar como partida computable.

Se disponga el pago del reajuste del retroactivo pensional, desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro, hasta su inclusión en nómina de pagos.

Se disponga el pago de la indexación y de los intereses de mora, sobre los valores adeudados.

## **1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda<sup>2</sup>:**

El actor, ingresó a la Armada Nacional el 1º de febrero de 1993, en condición de Soldado Regular.

Al terminar el servicio militar obligatorio, fue aceptado como Infante de Marina Voluntario de la Armada Nacional, a partir del 16 de agosto de 1994 y para el mes de diciembre del año 2000, ostentaba esa condición.

---

<sup>2</sup> Folios 33 reverso - 37 del cuaderno de primera instancia.

En condición de soldado voluntario, la vinculación del demandante en la Armada Nacional, estuvo regida por los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985.

Manifestó el demandante, que pasó a ser Infante de Marina Profesional a partir del 1º de noviembre de 2003, fecha a partir de la cual, su vinculación estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y posteriormente, por el Decreto 4433 de diciembre 31 de 2004.

Refirió, que estuvo vinculado a la Armada Nacional por más de 20 años, lo que le otorgó el derecho a disfrutar de una asignación de retiro a cargo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, la cual fue reconocida mediante Resolución No. 6723 de agosto 18 de 2015.

Señaló, que en la liquidación de retiro efectuada, se le aplicó indebidamente lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 del 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 13.2.1 de la misma normatividad, toda vez, que se le aplicó un doble porcentaje a la prima de antigüedad.

De igual forma, se le debió tener en cuenta en la asignación de retiro, lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 1º del Decreto 1794 del 2000, es decir, el salario básico incrementado en un 60% y no en un 40%.

Además de lo anterior, sostuvo, que se le vulneró el derecho fundamental a la igualdad (art. 13 de la C. P1.), al no incluirse el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, cuando a todos los demás miembros de las Fuerzas Militares, se les tiene en cuenta como factor en la liquidación respectiva.

Como **soportes jurídicos** de su pretensión, adujo preceptos de carácter constitucional y legal, como lo son los artículos 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política; artículos 138 y 159 a 195 de la Ley 1437 de 2011;

artículo 10 de la Ley 4 de 1992; Decreto 1793 de 2000; Decreto 1794 de 2000; y Decreto 4433 de 2004.

En el **marco de violación**, aduce que la entidad demandada vulnera el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, al emplear un doble porcentaje de la prima de antigüedad, pues, tomó el 38.5% y sobre este rubro le aplicó el 70%; es decir, que le aplicó un doble porcentaje, causándole un grave perjuicio.

Manifiesta, que la entidad inaplicó lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 1° del Decreto 1794 del 14 de septiembre del 2000, ya que tomó el salario mínimo incrementado solo en un 40%, siendo que la norma establecía que la asignación salarial mensual, debía liquidarse con base en el salario mínimo legal incrementado en un 60%.

De igual forma, refiere, que existe vulneración al derecho a la igualdad, por lo que se debe inaplicar por inconstitucional el numeral 13.2 del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, toda vez, que tiene derecho a que se le tenga en cuenta el subsidio familiar en su asignación de retiro.

### **1.3. Contestación de la demanda<sup>3</sup>.**

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.

Frente a los hechos señaló, que aceptaba los relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro, el derecho de petición radicado por el actor y su correspondiente contestación. Respecto de los demás, presentó oposición.

---

<sup>3</sup> Folios 58 - 65 del cuaderno de primera instancia.

Como medios de defensa, propuso las excepciones de i) *legalidad de las actuaciones efectuadas por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes; ii) no configuración de violación al derecho a la igualdad; y iii) No procedencia de la causal de falsa motivación en las actuaciones de CREMIL.*

Todas estas excepciones, apuntan a acreditar que la actuación de la entidad al momento de liquidar la asignación de retiro del demandante, fue ajustada a los parámetros legales y a las normativas vigentes, debiéndose por ello, reconocer la asignación de retiro equivalente al 70% de salario básico, incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad.

De igual forma, sostuvo la entidad accionada, que aplicó la normatividad legal vigente al momento de los hechos, las cuales, no disponen incluir el subsidio familiar en la “*pensión*” de los soldados profesionales, ni mucho menos, que aquella produjo un trato desequilibrado entre éstos y los demás miembros de la Fuerzas Militares, como oficiales y suboficiales.

#### **1.4.- Sentencia impugnada<sup>4</sup>.**

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de 31 de agosto de 2017, declaró la nulidad de los actos administrativo acusados y en consecuencia, condenó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL -, a reliquidar la asignación de retiro del señor Elid Antonio Herrera Hernández, ajustando su valor a la suma equivalente a: salario mensual, dispuesto en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, equivalente al 70% y adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, desde el 27 de septiembre de 2015, fecha en que se hizo efectivo su derecho a la asignación de retiro.

Negó las restantes súplicas de la demanda.

---

<sup>4</sup> Folios 108 - 119 del cuaderno de primera instancia.

Fundamentó el A quo, que el actor ingresó al servicio militar obligatorio el 1º de febrero de 1993, pasando a convertirse en soldado voluntario de las Fuerzas Armadas desde el 16 de agosto de 1994 y finalmente, accediendo al empleo de infante de marina profesional el 14 de agosto de 2003, por lo que de conformidad con el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, el demandante tenía derecho a que se liquidara su asignación de retiro, bajo la égida del 60% del SMLMV.

Igualmente señaló, que la entidad aplicaba un doble porcentaje a la prima de antigüedad, pues, tomaba primero un 38.5% y luego el 70%; siendo que debía tenerse en cuenta el 70% del valor resultante de la asignación mensual del inciso 2º del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000 (sumatoria del 60%), adicionándose a su vez el 38.5% de la prima de antigüedad.

Por otro lado, indicó, que no advertía violación al principio de igualdad toda vez, que al demandante se le estaba reconociendo como partida computable en la asignación de retiro, el subsidio familiar liquidado de acuerdo a la normatividad dispuesta para ello. Además, el demandante no allegó prueba de la que se pudiera establecer que dicha partida, se le estuviera cancelando en una cuantía muy inferior a la devengada por los demás miembros de las Fuerzas Militares, circunstancia que impedía que se le efectuara un test de razonabilidad estricto.

Por último indicó, que en el presente caso no operaba la prescripción de reajuste de mesadas reclamadas, teniendo en cuenta que la solicitud de reajuste fue presentada el 15 de junio de 2016, el demandante adquirió el derecho pensional el 27 de septiembre de 2015 y la demanda fue presentada el 9 de diciembre de 2016.

### 1.5.- Los recursos.

- La **parte demandante**<sup>5</sup>, a través de apoderado judicial, interpuso recurso de apelación con el objeto de que se revoque parcialmente la anterior decisión, en cuanto ordenó la inclusión del subsidio familiar, pero solo en el porcentaje del 30% de lo devengado en actividad por este concepto.

Argumentó, que en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se disponía la inclusión del Subsidio Familiar como partida computable en la asignación de retiro devengada por los Oficiales y Suboficiales del Ejército Nacional, en el porcentaje devengado en actividad.

Indicó, que lo anterior resultaba claro si se tenía en cuenta que el Decreto 1162 de 2014, era una norma posterior a su vinculación al Ejército Nacional, razón por la cual, no le resulta aplicable, sino desfavorable.

Adicionalmente se debía tener en cuenta, que lo normado en el Decreto 1162 de 2014, resultaba contrario a lo establecido en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, que recobró su vigencia en razón a la declaratoria de nulidad de lo normado en el Decreto 3770 de 2009, por lo que tratándose de una norma posterior, también perdía vigencia y por tanto, no resultaba aplicable.

Sostuvo, que la Jurisprudencia siempre había sido clara al ordenar la inclusión del Subsidio Familiar en el porcentaje devengado en actividad, conforme a lo establecido en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por lo que claramente la decisión recurrida, no obedecía a los principios constitucionales y legales, ni a los preceptos jurisprudenciales establecidos.

- La **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL)**<sup>6</sup>, a través de apoderado judicial, interpuso recurso de apelación con el objeto de que

---

<sup>5</sup> Folios 137 - 138 del cuaderno de primera instancia.

<sup>6</sup> Folios 139 - 140 del cuaderno de primera instancia.

se revoque el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en lo referente a la adición de la prima de antigüedad.

Sostuvo, que hubo una correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro siguiendo la uniformidad y secuencia de la norma (artículo 16 del Decreto 4433 de 2004), esto es, el equivalente al 70% de salario básico, incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad.

Señaló, que la entidad se ajustaba a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares; en consecuencia, sus actuaciones no se enmarcaban dentro de ninguna de las causales de nulidad y por ende, no se encontraban viciadas de falsa motivación.

#### **1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.**

- Mediante auto de 13 de diciembre de 2017, se admitió el recurso de apelación presentado por las partes<sup>7</sup>.

- En proveído del 12 de febrero de 2018, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión<sup>8</sup>, llamado al que acudió la parte demandante<sup>9</sup>, solicitando se confirmara la sentencia de primera instancia reiterando la posición expuesta en la demanda y señalando que los argumentos del fallo del a quo eran claros y se ajustaban a los elementos probatorios recaudados en el trámite del proceso, así como a los preceptos aplicables para el reconocimiento de los derechos reclamados y que fueron desconocidos por la entidad.

Igualmente, solicitó que se tuviera en cuenta al momento de fallar, los antecedentes jurisprudenciales proferidos por el Consejo de Estado, en asuntos idénticos al que aquí se debate.

---

<sup>7</sup> Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

<sup>8</sup> Folio 8, cuaderno de segunda instancia.

<sup>9</sup> Folios 11 - 16, cuaderno de segunda instancia.

Por otro lado, reiteró su inconformidad con la sentencia de primer grado en cuanto ordenó la inclusión del subsidio familiar, pero solo en el porcentaje del 30% de lo devengado en actividad por este concepto.

El Ministerio Público y la parte demandada, no presentaron concepto, ni alegatos de conclusión, respectivamente.

## **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.

### **2.2. Problema Jurídico.**

De conformidad con los fundamentos fácticos y jurídicos descritos, el problema jurídico a desatar es:

¿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 devengado en actividad por concepto de subsidio familiar?

De conformidad con la problemática planteada, los extremos de la *litis* y los argumentos de las partes, esta Sala tratará los siguientes temas: *i)* La asignación de retiro, su reconocimiento y forma de liquidación; *ii)* El subsidio de familia y su naturaleza, como factor liquidatorio a la hora de ser reconocida la asignación de retiro de los Infantes y Soldados Profesionales.

## 2.3. Análisis de la Sala.

### **.- La asignación de retiro, su reconocimiento y forma de liquidación.**

El Legislador, con la expedición de la Ley 923 de 2004, señaló las normas, objetivos y criterios que el Gobierno Nacional debía tener en cuenta, para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, bajo un marco de eficiencia, universalidad, **igualdad**, **equidad**, responsabilidad financiera, **intangibilidad** y **solidaridad**<sup>10</sup>, los cuales determinan la expedición del Decreto 4433 de 2004, norma que cubre, actualmente, a los miembros de la Fuerza Pública, en asuntos atinentes a la primera de las normas mencionadas y que establece para efectos de la asignación de retiro lo siguiente:

*“Asignación de retiro*

*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.*

---

<sup>10</sup> Se considera de suma importancia destacar las siguientes normas de la Ley 903 de 2004: “ARTÍCULO 1o. ALCANCE. El Gobierno Nacional con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen de la asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública.

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.

(...)

2.7. 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.”

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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

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

13.2 Soldados Profesionales:

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

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

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

(...)

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

Ahora bien, esta Sala considera que del anterior recuento normativo, la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, debe ser soportada bajo una interpretación sistemática e integral, de aquellas normas que consagra la especialidad del régimen salarial y prestacional en estudio, por lo que no es aceptable, la aplicación de cualesquiera de las normas expuestas en acápites precedentes, sin atender a su sentido histórico-funcional.

De tal forma, que al momento de liquidarse las asignaciones de retiro, se debe tener en cuenta lo consignado en el artículo 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, que establece una serie de fórmulas propias, para lograr tal cometido, como lo es el 40% del Salario Mínimo Legal y los porcentajes de

prima de antigüedad (treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%); sin embargo, conforme el artículo 1° del Decreto 1274 del 2000, aquellas personas que a 31 de diciembre de 2000, obraban como soldados voluntarios, tendrán como beneficio alternativo del sistema, el de efectuarse la operación aritmética, no con el 40 % del SMLMV, sino con el 60% de tal concepto.

Teniendo en cuenta lo expuesto, esta Sala advierte que el señor ELID ANTONIO HERRERA HERNÁNDEZ, tiene derecho a que se liquide su asignación de retiro, bajo la égida del 60% antes mencionado, de conformidad con el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000. Aspecto este que fue reconocido en la sentencia de primera instancia, sin que fuera objeto de reparo en esta instancia procesal.

Teniendo en claro el porcentaje del 60% del SMLMV, se considera que la forma como debe ser computada la asignación de retiro, desde los parámetros integrales de las normas que conforman tal prestación social, debe atender el 70%, del valor resultante de la asignación mensual del inciso 2 del artículo 1° del Decreto 1274 de 2000 (60%), adicionándose a su vez el 38.5% de la prima de antigüedad.

Se señala, que el 70% no se detenta de la sumatoria del salario mensual a definir y la prima de antigüedad, conjuntamente – (salario a definir + 38.5% prima de antigüedad) (70%), sino que se predica del primer concepto, resultado último al que se le debe sumar el porcentaje de la prima de antigüedad de manera separada o más bien excluyente -(70% salario a definir)+ (38.5% de la prima de antigüedad)-.

Siendo así y debido a las apreciaciones elevadas en apartes precedentes, este Tribunal, **CONFIRMARÁ** el fallo de primera instancia, en lo que corresponde.

**- El subsidio familiar y su naturaleza como factor liquidatorio, a la hora de ser reconocida la asignación de retiro de los Infantes de Marina Profesionales.**

El subsidio familiar, como componente de la seguridad social, ha sido acogido en el ordenamiento jurídico, desde mediados del siglo XX, caracterizado por ser una medida que busca *“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”*<sup>11</sup>.

Dentro de su naturaleza se destacan, *“los medios para la consecución de este objetivo, que 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”*<sup>12</sup>.

Por consiguiente, el subsidio familiar debe ser entendido desde una óptica social, el cual a la hora de su reconocimiento, debe responder a los intereses de **solidaridad, equidad y justicia**, con miras a dar coherencia y cohesión a los miembros que componen un núcleo social, atendiendo a su vez a las particularidades propias de su contexto, prevaleciendo la prestación en comento, en aquéllos grupos que más lo ameriten.

El ordenamiento jurídico especial, en materia prestacional, que rige para los miembros de las Fuerzas Militares de Colombia prevé la manera y forma

---

<sup>11</sup> Corte Constitucional. Sentencia C - 508 de 1997. M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

<sup>12</sup> Ibíd.

de liquidar la asignación de retiro, de cada uno de sus miembros, dependiendo del cargo y grado.

Para el caso objeto de estudio, y en lo referente al subsidio familiar, se analizaran las siguientes normas:

El **Decreto No. 1794 de 2000**, "Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares", dispuso en su artículo 11, lo siguiente:

*"ARTÍCULO 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".*

Luego el **artículo 13 del Decreto 4433 de 2004**, dispuso:

*"Asignación de retiro*

*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 (...)**

De la citada norma se desprende que en la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales, se incluye como partida computable, el subsidio de familia, contrario, acontece con los soldados profesionales, que en sus asignaciones de retiro no se incorpora esa prestación económica.

Después, se expidió el **Decreto 3770 de 2009**, mediante el cual se derogó el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000<sup>13</sup>, no obstante, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 8 de junio de 2017<sup>14</sup>, declaró con efectos ex tunc, la nulidad total del Decreto 3770 de 2009.

Posteriormente, se expidió el **Decreto 1162 de 2014** “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”; normativa que dispuso:

**“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

---

<sup>13</sup> “Artículo 1°. Derógase el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Parágrafo 1°. 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.

Parágrafo 2°. Aclárase 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”.

<sup>14</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección B, Radicado: 11001-03-25-000-2010-00065-00, Número interno: 0686-2010. C P. César Palomino Cortés.

*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”.*

Abordando el **SUB EXAMINE**, se evidencia, que mediante Resolución No. 6723 del 18 de agosto de 2015<sup>15</sup>, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares “CREMIL”, le reconoció al señor ELID ANTONIO HERRERA HERNÁNDEZ una asignación de retiro, efectiva a partir del 27 de septiembre del año mencionado y 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 y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014.

De igual manera, se avizora en la hoja de servicios, que el actor, durante su servicio activo, percibía el subsidio familiar<sup>16</sup>.

En documento “Proyección Asignación de Retiro” expedido por CREMIL, visible a folio 14 del C. 1., se tiene que al señor ELID ANTONIO HERRERA HERNÁNDEZ le fue liquidada la asignación de la siguiente manera:

Sueldo básico		\$902.090,00
	70,00%	\$632.463,00
Prima de antigüedad	38,50%	<u>\$243.113,00</u>
Subtotal		\$874.576,00
Más subsidio familiar (D.1162/2014 (30\$ X SF EN ACTIVO))		\$169.142,00
<b>TOTAL ASIGNACIÓN DE RETIRO</b>		<b><u>\$1.043.718,00</u></b>

Visto lo anterior, se estima que el señor ELID ANTONIO HERRERA HERNÁNDEZ, habiendo percibido el subsidio familiar, mientras estuvo en servicio, tal prestación económica fue incluida en la base de liquidación de la mesada

---

<sup>15</sup> Folios 10 – 11 del cuaderno de primera instancia.

<sup>16</sup> Folio 12, cuaderno de primera instancia.

de asignación de retiro, en un porcentaje del 30% de lo devengado en actividad, tal como lo refleja la Resolución No. 6723 del 18 de agosto de 2015.

Ahora, disiente el actor que el referido emolumento se le incluyó como partida, pero no en igualdad de condiciones de los demás miembros de las Fuerzas Militares, pues solamente se le tuvo en cuenta el 30%, cuando a los restantes se les incluyen en la liquidación de sus asignaciones de retiro la totalidad de ese subsidio devengado en servicio activo, lo cual resulta inequitativo frente a la situación de los soldados profesionales.

La anterior argumentación, no es de recibo para esta Sala, como quiera que la entidad demandada al momento de reconocer la asignación de retiro del demandante, aplicó la norma vigente para computar el 30% del subsidio familiar devengado en servicio activo, esto es, las premisas y parámetros del artículo 1º del Decreto 1162 de 2014, sin que esto implique, que se encuentre vulnerado o poniendo en riesgo el derecho a la igualdad alegado, pues, del expediente no se advierte probanza alguna que acredite que el subsidio familiar para los Soldados Profesionales en su asignación de retiro, es devengado en un porcentaje muy inferior al percibido por los Oficiales y Suboficiales; circunstancia esta, que como bien lo dijo el A-quo, no permite que se efectúe un juicio de razonabilidad, bajo la óptica del ejercicio de la proporcionalidad.

Al efecto, el porcentaje correspondiente al subsidio familiar para oficiales y suboficiales, depende del estado civil y del número de hijos habidos al interior del matrimonio y toma como base de liquidación el sueldo básico (art. 79 del Decreto 1211 de 1990<sup>17</sup>); mientras que para cargos como el que

---

<sup>17</sup> **“ARTÍCULO 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.

ostentó el demandante, se fija en un porcentaje cierto (4%) tomado del salario básico mensual, más la prima de antigüedad, con lo que resulta evidente que son distintas las reglas de liquidación del subsidio familiar, por ende, para establecer diferencia como la que predica el demandante, es necesario contraponer las condiciones salariales (especialmente en punto del subsidio familiar) del demandante con las de un oficial o suboficial, para determinar si existe diferencia alguna, anotándose desde luego, que factor importante a tener en cuenta en tal ejercicio es que el sueldo de uno y otro son diferentes, lo que hará que las operaciones, en su resultado, de entrada, por razón de la base de liquidación, deban percibirse como distintas, por ende, sin afectación del derecho a la igualdad, pues, tal base no es más que el salario percibido mensualmente, cuyo origen se funda en el cargo ostentado, que per se, ya es diferente.

De ahí que dado lo anterior, habrá que demostrarse por qué razón la alegada desigualdad, en términos económicos, no puede predicarse para quienes ostentan empleo diferente, pues, se insiste, la base de liquidación es el sueldo percibido por uno y otro, resultando que para los efectos planteados, ya son punto diferencial ajustado al ordenamiento jurídico.

En orden lo expuesto, no prosperan los reparos formulados por la parte demandante, frente al tema del subsidio familiar como partida computable, por lo que esta Sala confirmará la sentencia objeto de alzada.

---

*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%).*

*PARÁGRAFO. 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.*

*PARÁGRAFO 2. La solicitud de reconocimiento o aumento del subsidio familiar, deber 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".*

**3.- Condena en costas.** En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1° 2° y 3° del artículo 365 del Código General del Proceso, no se condena en costas a las partes.

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: CONFIRMAR** la sentencia de 31 de agosto de 2017, proferida en por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

**SEGUNDO: NO CONDENAR** en costas de segunda instancia a las partes, dado que a ninguna prosperó el recurso por ellas formulado.

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

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

Aprobada en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 0103/2018

Los Magistrados,

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE**

**ANDRÉS MEDINA PINEDA**