



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, doce (12) de diciembre de dos mil catorce (2014)

Magistrado Ponente: MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente: 70-001-33-33-002-2013-00179-00
Actor: REINALDO NARVÁEZ VILLEGAS
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL”
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: INCLUSIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR EN LA ASIGNACIÓN RETIRO A SOLDADO PROFESIONAL.

SENTENCIA No. 061

I. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala, resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandada, contra la sentencia del 7 de Marzo de 2014, proferida en audiencia inicial por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo con funciones en el sistema oral, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda.

REINALDO NARVÁEZ VILLEGAS, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho instaurado en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL”, con la pretensión de que se declare la nulidad del Oficio N° 35873 de 10 de julio de 2013, suscrito por la Subdirectora de Prestaciones Sociales de “CREMIL”, mediante el cual se negó la

Expediente:	70-001-33-33-002-2013-00179-00
Demandante:	REINALDO NARVÁEZ VILLEGAS
Demandando:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia:	JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

inclusión de la partida correspondiente a la prestación social "subsidio familiar" en la asignación de retiro del demandante.

Como consecuencia de tales declaraciones y a título de restablecimiento del derecho solicita:

1. Se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL-, ordenándose la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro, y su cancelación desde el momento de la emisión de la resolución de asignación de retiro hasta el momento del pago total, de conformidad con el artículo 185 y 197 de la Ley 1437 de 2011.

2. Se condene en costas y agencias en derecho al demandado.

2.2. Los supuestos fácticos¹.

La Sala los compendia así:

Indicó que, mediante la Resolución N° 1636 del 10 de abril de 2013, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, le reconoció asignación de retiro al demandante. Que en dicha resolución no fue tomada en cuenta la inclusión del subsidio familiar para la liquidación en la asignación de retiro, pese a que durante el servicio activo y tres meses después de alta percibió dicha prestación.

Por último, sostiene que mediante Oficio sin número, de fecha 28 de Mayo de 2013, el demandante radicó petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, solicitando la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro. Sin embargo, a través de Oficio N° 35873 del 10 de julio de 2013, le fue negado el derecho.

2.3. Recuento procesal.

La demanda presentada el 05 de Agosto de 2013², fue admitida por auto del 09 de agosto de 2013³ y notificada por medio electrónico a la parte demandada y al Ministerio Público el 27 de Agosto de 2013⁴.

¹ Fl. 10-15 C.ppal.

² Así se evidencia con la nota de recibido de la Oficina Judicial de Sincelejo, obrante a folio 15 del C.ppal; en concordancia con el acta individual de reparto, visible a folio 16, ib.

³ Fs. 18 C.Ppal.

⁴ Fl. 22 - 23 C.Ppal

Expediente:	70-001-33-33-002-2013-00179-00
Demandante:	REINALDO NARVÁEZ VILLEGAS
Demandando:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia:	JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

2.4. Contestación de la demanda⁵.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL-, a través de apoderado contestó la demanda, oponiéndose a todos los hechos, pretensiones y condenas en costas, exceptuando el hecho relacionado con el reconocimiento de la prestación, es decir de la asignación de retiro.

Sostiene que, se reconoció asignación de retiro al señor soldado profesional (R) REINALDO NARVÁEZ VILLEGAS, mediante Resolución N° 1636 del 10 de abril de 2013, por haber acreditado un tiempo de servicios de 20 años, 05 meses y 21 días. Dicho reconocimiento se efectuó de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el Artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y de acuerdo a lo dispuesto en la hoja de servicios militares del actor, según los Artículos 234 y 235 del Decreto Ley 1211 de 1990.

Así mismo que, el actor radicó ante esa entidad el actor solicitó el reconocimiento y pago del subsidio familiar como partida computable de su Asignación de Retiro, con ocasión de la aplicación de lo establecido en el parágrafo segundo del Artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, a lo cual se dio respuesta mediante oficio No. 35873 del 10 de julio de 2013.

Propuso como excepciones, i) Legalidad de las actuaciones efectuadas por la caja de retiro de las fuerzas militares – correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes; y ii) inexistencia de fundamento jurídico para la inclusión del subsidio familiar como partida computable.

2.5. La sentencia recurrida⁶.

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo con funciones del sistema oral, resolvió conceder las pretensiones de la demanda y como fundamento de su decisión, inaplica el Decreto 4433 de 2004, artículo 13 y 16 en lo relacionado a la no inclusión del subsidio familiar; considerando no razonable la exclusión adoptada por el Decreto 4433 de 2004 con base al juicio de igualdad y en aplicación del test de razonabilidad.

Señala que, no existe fundamento razonable para hallar esa exclusión y otorgársele dicha prestación sólo a los oficiales y suboficiales y no a los soldados profesionales o infantes de marina profesional, por el simple hecho de pertenecer a ese grupo.

⁵ Fs. 30-33 C.Ppal.

⁶ Fls. 89-97 C. Ppal.

Expediente:	70-001-33-33-002-2013-00179-00
Demandante:	REINALDO NARVÁEZ VILLEGAS
Demandando:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia:	JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

En consecuencia, resolvió declarar la nulidad del acto demandado, mediante el cual se negó el reajuste de la asignación de retiro y a título de restablecimiento ordenó reliquidar la asignación de retiro con inclusión del subsidio familiar en un 4%.

2.6. El recurso de apelación⁷.

Dentro del término de ejecutoria de la sentencia de primera instancia, la demandada interpuso recurso de apelación, arguyendo que el Decreto 4433 de 2004 en su artículo 13 no contempla como partida computable, para efectos de reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales el subsidio familiar.

En efecto, cita como precedente jurisprudencial el pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Dr. JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES, en fallo de 16 de septiembre de 2010.

En relación con las costas procesales y las agencias en derecho, solicita que en el evento de que prospere parcialmente la demanda se abstenga de condenar a la entidad en aplicación al numeral 6 del artículo 392 del CPC.

2.7. Actuación en segunda instancia⁸

Mediante auto de octubre 15 de 2014 se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 7 de marzo de 2014 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo⁹; por auto de 28 de octubre de 2014 se corrió traslado a las partes por diez días para alegar de conclusión¹⁰.

2.8. Alegatos de conclusión.

Las partes demandante y demandada, así como el Ministerio Público, se abstuvieron de pronunciamiento en esta etapa.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia delimitada en el acápite inicial de esta providencia.

⁷ Fls 98-101 C.Ppal.

⁸ Fls. 1 al 19, C. alzada.

⁹ Fl 3 C. alzada.

¹⁰ Fl. 12 C. Alzada.

Expediente:	70-001-33-33-002-2013-00179-00
Demandante:	REINALDO NARVÁEZ VILLEGAS
Demandando:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia:	JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

3.1. Problemas jurídicos

Procede esta Sala a resolver el recurso de apelación, para tal fin, formulará los siguientes problemas jurídicos:

¿Es procedente la inclusión del subsidio familiar como factor de liquidación de la asignación de retiro de un soldado profesional?

Para solventar el mérito del sub examine, se hará alusión a los temas alegados en el proceso, a saber: (i) Naturaleza jurídica del subsidio familiar; (ii) Del subsidio familiar para los miembros de las Fuerzas Militares; (iii) Del subsidio familiar para los soldados profesionales; (iv) caso concreto; (v) conclusión.

3.2. Naturaleza jurídica del subsidio familiar.

De acuerdo a lo señalado en los artículos 1° y 2° de la Ley 21 de 1982, el subsidio familiar se conceptúa como:

ARTICULO 1o. El subsidio familiar es una prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de mediano y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.

PARÁGRAFO. Para la reglamentación, interpretación y en general, para el cumplimiento de esta Ley se tendrá en cuenta la presente definición del subsidio familiar.

ARTICULO 2o. El subsidio familiar no es salario, ni se computa como factor del mismo en ningún caso.

En este orden de ideas, el referido subsidio fue creado por la Ley, como una prestación social, que favorece a las personas de bajos ingresos, con destino a quienes dependen de ellas y con el fin de proteger la familia; este auxilio lo causan los hijos legítimos, extramatrimoniales, adoptivos, los hijastros, además, los hermanos huérfanos de padre y madre que vivan con el hermano mayor empleado público o particular¹¹.

Esta es una prestación que surge del vínculo económico contractual entre patronos y trabajadores y es sufragado por las cajas de subsidio familiar, las cuales son personas jurídicas de derecho privado que cumplen funciones administrativas de seguridad social; las pautas normativas que tratan en general de esta prestación se consignan en la Ley 21 de 1982.

¹¹ SATIZÁBAL PARRA Camilo, Manual Práctico para el Cobro de Prestaciones Sociales Oficiales, Quinta Edición, Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Pág. 12.

Expediente: 70-001-33-33-002-2013-00179-00
Demandante: REINALDO NARVÁEZ VILLEGAS
Demandando: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Entorno a esta prestación, la H. Corte Constitucional se pronunciado a este tenor¹²:

De este modo, el subsidio familiar opera en Colombia, como una prestación laboral, a cargo de los empleadores, mediante un sistema de recaudo y reparto a través de las cajas de compensación familiar. Se desenvuelve dentro del contrato de trabajo, como una prestación obligatoria, establecida en la ley con un componente de solidaridad orientado a brindar protección especial a los trabajadores de más bajos ingresos, en función de las personas que tengan a cargo.

Así, ha dicho la Corte, el subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar.

Inicialmente, el subsidio estuvo centrado en el componente monetario que 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. En esa dimensión, ha dicho la Corte, el sistema de subsidio familiar es un mecanismo de redistribución del ingreso.

Más adelante, se autorizó a las cajas de compensación el desarrollo de obras de beneficio social, lo cual les permitió diversificar su actividad, de manera que, además de la tarea de reparto del subsidio en dinero, incursionaran también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. Así, en sus componentes centrales, el sistema de subsidio familiar, tal como fue definido en la Ley 21 de 1982, comprende los siguientes aspectos:

En primer lugar, el subsidio familiar es *"una prestación social pagadera en dinero, en especie y en servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad"*.¹³

De esa definición se desprenden tres modalidades de subsidio que son desarrolladas en la ley: en dinero, en especie y en servicios. El subsidio en dinero es *"la cuota monetaria que se paga por cada persona a cargo que dé derecho a la prestación"*¹⁴; el subsidio en especie es *"el reconocimiento de alimentos, vestidos, becas de estudio, textos escolares, drogas y demás frutos o géneros diferentes al dinero que determine la reglamentación (...) "*¹⁵, y el subsidio en servicios es *"aquél que se reconoce a través de la utilización de obras y programas sociales que organicen las Cajas de Compensación Familiar (...) "*¹⁶.

En la medida en que se trata de una prestación que se origina en el contrato de trabajo, la ley dispone que todos los empleadores, tanto del sector privado como del público, tienen la obligación de efectuar aportes para el subsidio familiar en el porcentaje legalmente establecido sobre la nómina mensual de salarios. El acceso a los beneficios, sin embargo, es diferenciado, puesto que el sistema opera como mecanismo de solidaridad, tanto entre trabajadores de

¹² Sentencia C 440 de 25 de mayo 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Exp. D-8330.

¹³ Ley 21 de 1982, art. 1°.

¹⁴ Ley 21 de 1982, art. 5°.

¹⁵ Ibíd.

¹⁶ Ibíd.

Expediente: 70-001-33-33-002-2013-00179-00
Demandante: REINALDO NARVÁEZ VILLEGAS
Demandando: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

distintos niveles salariales, como entre diferentes empleadores, que tiene como beneficiarios directos a los trabajadores de más bajos ingresos.

Así, en la actualidad, de acuerdo con la ley, tienen derecho al subsidio familiar en dinero los trabajadores cuya remuneración mensual no sobrepase los cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes, y que sumados sus ingresos con los de su cónyuge o compañero (a) no sobrepasen seis salarios mínimos. Así mismo, la ley también estableció la lista de personas a cargo de los beneficiarios que dan derecho a subsidio familiar en dinero¹⁷, entre quienes se incluyen los hijos hasta los 18 años (incluidos los hijastros), los hermanos hasta 18 años, que sean huérfanos, convivan y dependan económicamente del trabajador y demuestren escolaridad y los padres mayores de 60 años, que dependan económicamente del trabajador. Dispone la ley que son beneficiarios del subsidio familiar en especie y en servicios los trabajadores cuya remuneración mensual, fija o variable, no sobrepase los 4 salarios mínimos legales mensuales, incluyendo el (la) cónyuge del trabajador.

Como se puede apreciar, en sus lineamientos centrales, el sistema de subsidio estaba estructurado como un régimen de protección para los trabajadores bajo dependencia laboral y con niveles de remuneración bajos.

3.3. Del subsidio familiar para los miembros de las Fuerzas Militares.

Para efectos del desarrollo de este ítem argumentativo esta Sala citará en extenso la providencia de 3 de diciembre de 2009¹⁸, a través del cual el H. Consejo de Estado estructuró los antecedentes de la prestación en estudio en las Fuerzas Militares, la cual cabe anotar, venía siendo regulada tiempo atrás por el legislador, refiriéndose esencialmente a los oficiales y suboficiales así:

“En lo que a las Fuerzas Militares hace relación, el Decreto Ley 325 del 5 de febrero 1959, en cuanto al subsidio familiar para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares señaló:

“Artículo 3°.- Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, casados o viudos con hijos legítimos tendrán derecho al “Subsidio Familiar” que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico así:

Por su estado civil (casado o viudo), el treinta por ciento (30%).

Por el primer hijo, el cinco por ciento (5%) y por cada uno de los demás, el cuatro por ciento (4%).

Parágrafo. Para tener derecho al subsidio de que trata este artículo, es requisito indispensable que el interesado compruebe que sostiene su hogar, o que sus hijos le dependen económicamente.”

Por su parte, la **Ley 126 de 1959** (18 de diciembre), dispuso lo siguiente:

¹⁷Ley 789 de 2002, Artículo 3°, par. 1°.

¹⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad. 0468-09.

Expediente: 70-001-33-33-002-2013-00179-00
Demandante: REINALDO NARVÁEZ VILLEGAS
Demandando: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

"Artículo 63.- Los sueldos básicos mensuales, subsidios y primas de los Oficiales de las Fuerzas Militares son los establecidos en el Decreto-ley número 0325 de 1959, dictado en uso de facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por la Ley 44 de 1958."

"Artículo 64.- El subsidio familiar de que trata el Decreto número 0325 de 1959 disminuye por los siguientes hechos:

I. Para los varones:

- a) Por muerte;
- b) Por emancipación voluntaria;
- c) Por matrimonio;
- d) Por haber cumplido la edad de veintiún (21) años, salvo el caso de los estudiantes que dependan económicamente del Oficial, o quienes padezcan invalidez absoluta;
- e) Por haber conseguido la independencia económica antes de cumplir los veintiún (21) años.

Para las mujeres:

- a) Por muerte;
- b) Por matrimonio;
- c) Por profesión religiosa."

A su vez, El **Decreto Ley 2337 de 1971**, en su artículo 60, precisó:

"Artículo 60.- Subsidio familiar. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, casados o viudos con hijos legítimos, tendrán derecho al pago de una prima de subsidio familiar, que se liquidará mensualmente sobre su sueldo básico así:

- a) Casados o viudos con hijos legítimos, el treinta por ciento (30%).
- b) Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás sin que sobrepase por este concepto el diecisiete por ciento (17%).

Parágrafo.- No obstante lo dispuesto en el literal b) del presente artículo el reconocimiento del subsidio familiar por razón de los hijos, no afectará a los Oficiales y Suboficiales cuyo porcentaje a 31 de octubre de 1969, sea superior al aquí establecido, fecha en la cual quedó congelado.

Es entendido que el subsidio familiar se incrementará a partir del segundo hijo en un cuatro por ciento (4%), por cada uno de los demás que nazca con anterioridad a la fecha indicada."

Con posterioridad, el **Decreto 612 de 1977**, que derogó el Decreto Ley 2337 de 1971 (artículo 218), en su artículo 66 señaló lo siguiente:

"Artículo 66.- Subsidio familiar. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, casados o viudos con hijos legítimos, tendrán derecho al pago de una prima de subsidio familiar, que se liquidará mensualmente sobre su sueldo básico, así:

- a) Casados o viudos con hijos legítimos, el treinta por ciento (30%).
- b) 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%).

Expediente: 70-001-33-33-002-2013-00179-00
Demandante: REINALDO NARVÁEZ VILLEGAS
Demandando: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Parágrafo.- El límite establecido en el literal b) de este artículo no afecta a los Oficiales y Suboficiales que por razón de hijos nacidos con anterioridad al 31 de octubre de 1969 estuviesen disfrutando, o tuviesen el derecho a disfrutar, de porcentajes superiores al diez y siete por ciento (17%), ya que en esa fecha tales porcentajes fueron congelados sin modificación."

El **Decreto Ley 89 de 1984**, que derogó el Decreto Ley 612 de 1977 (artículo 259), previó en su artículo 75:

"Artículo 75.- Subsidio familiar. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, casados o viudos con hijos legítimos, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre sueldo básico, así:

a) Casados o viudos con hijos legítimos, el treinta por ciento (30%).

b) 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 b) de este artículo no afecta a los Oficiales y Suboficiales que por razón de hijos nacidos con anterioridad al 31 de octubre de 1969, estuviesen disfrutando, o tuviesen el derecho a disfrutar, de porcentajes superiores al diez y siete por ciento (17%), ya que en esa fecha tales porcentajes fueron congelados sin modificación."

El **Decreto Ley 95 de 1989**, que derogó el Decreto Ley 89 de 1984 (artículo 263), en su artículo 77 dispuso:

"Artículo 77.- Subsidio familiar. Los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, que a la fecha en que entre a regir el presente decreto, se encuentren 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 lo que exista el derecho a devengarlo, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c) del presente artículo.

c) Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%).

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."

Por su parte, el **Decreto Ley 1211 de 1990**, que derogó el Decreto Ley 95 de 1989 (artículo 270), en su artículo 79 señaló:

"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.

Expediente:	70-001-33-33-002-2013-00179-00
Demandante:	REINALDO NARVÁEZ VILLEGAS
Demandando:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia:	JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. del presente artículo.

c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%).

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.

3.4. Del subsidio familiar para los soldados profesionales.

En lo concerniente a este auxilio en tratándose de los soldados profesionales, no fue sino hasta la expedición del Decreto 1211 de 1990, que se estableció para estos servidores esta prestación, equivalente al 4 por ciento del salario básico y de la prima antigüedad¹⁹

Luego, mediante el Decreto 1793 de 2000 se expidió el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, el cual los definió en su artículo 1º así:

ARTÍCULO 1. "SOLDADOS PROFESIONALES. Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas".

Por su parte, el artículo 38 que trata el Régimen salarial y prestacional dispuso:

ARTÍCULO 38. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL. "El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salariales y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos."

En desarrollo del precepto legal, el régimen salarial y prestacional de los soldados profesionales se estableció por el gobierno nacional mediante el Decreto 1794 de 2000, el cual reconoció el derecho a devengar una asignación mensual correspondiente a un salario mínimo mensual incrementado en un 40 %, prima de antigüedad, prima de servicio anual, prima de vacaciones, prima de navidad, subsidio familiar, entre otros.

¹⁹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Segunda-Subsección B. Sentencia del 09 de Noviembre de 2011, expediente 2006-117.

Expediente: 70-001-33-33-002-2013-00179-00
Demandante: REINALDO NARVÁEZ VILLEGAS
Demandando: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, reconoció a los soldados profesionales de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, el derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

En cuanto al régimen pensional de los soldados, se profirió el Decreto 4433 de 2004, fijando el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza pública, incluyendo a los soldados profesionales.

Dicho decreto, establece en su artículo 16, la asignación de retiro para soldados profesionales en estas condiciones:

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."

De igual forma, el canon en mención en el artículo 13.2, estipula las partidas computables para liquidar dicha prestación en el caso de los soldados profesionales:

13.2 Soldados Profesionales:

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

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

En cuanto el subsidio familiar prevé el artículo 5 del Decreto 4433 de 2004 que:

ARTICULO 5o. Cómputo de la partida del subsidio familiar. Cuando haya lugar a la inclusión de la partida de subsidio familiar para la liquidación de la asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia, el monto de la misma no sufrirá variación alguna por hechos ocurridos con posterioridad al retiro del personal de que trata este decreto.

Lo anterior no obsta para que en cualquier tiempo se ordene la inclusión, el aumento, disminución o extinción de la partida de subsidio familiar como factor de liquidación de la respectiva asignación de retiro o pensión, cuando se compruebe que a 1 Oficial, Suboficial o Agente, se le venía considerando un porcentaje diferente al que legalmente le correspondía.

Conforme lo anterior, evidentemente los soldados profesionales, no tienen derecho a que el subsidio familiar sea tenido en cuenta como partida computable para liquidar o establecer el monto de la asignación de retiro, por cuanto no existe disposición legal que así lo autorice; a diferencia de los demás uniformados de la Fuerza Pública (suboficiales y oficiales de las Fuerzas Militares) a quienes sí se les concede este beneficio y se les asigna

como partidas computables para la asignación de retiro entre otras, las establecidas en el artículo 13 del canon en mención numerales 13.1 al 13.1.8:

- 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 6o 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.²⁰

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

Así las cosas, hasta este momento resulta evidente un trato diferenciado entre los miembros de las Fuerzas Militares, esto es oficiales, suboficiales y soldados profesionales, por cuanto respecto al subsidio familiar a los soldados profesionales se les reconoce mientras se encuentren en servicio activo, pero para efectos liquidatarios de la asignación de retiro se inhibe su inclusión, *contrario sensu*, al caso tanto de los oficiales como de los suboficiales, los cuales gozan de un reconocimiento en servicio activo y como factor de liquidación para su asignación de retiro.

3.5. Caso Concreto.

3.5.1. De lo Probado.

Acorde con el acopio probatorio recabado en el expediente, la Sala encuentra demostrado los siguientes hechos:

- El 10 de abril de 2013, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, le reconoció asignación de retiro al Sr. REINALDO NARVÁEZ VILLEGAS mediante Resolución N° 1636 de 2013. Así mismo, indicó en la parte motiva del acto, que al momento de su retiro, el actor convivía en unión libre con la señora ALBA CECILIA ROHENES RAMÍREZ y era padre de 5 hijos menores. (fls. 8-9 y 35 C.ppal)
- En hoja de servicios No. 4-92512404 de fecha 28-12-2012, aparece que los haberes percibidos por el demandante, en la última nómina de noviembre de 2012, son los siguientes:

Descripción	Porc.%	Valor
SUELDO BÁSICO		793.380,00
SUBSIDIO FAMILIAR	4.00	495.862,50

²⁰ Negrillas de la Sala.

Expediente:

Demandante:

Demandando:

Medio de Control:

Procedencia:

70-001-33-33-002-2013-00179-00

REINALDO NARVÁEZ VILLEGAS

CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

PRIMA DE ANTIGÜEDAD SOLDADO VOLUNTARIO/PROFESIONAL	58.50	464.127,30
SEGURO DE VIDA SUBSIDIADO	00	10.622,00
BONIFICACIÓN ORDEN PÚBLICO SOLDADO PF	25.00	198.345,00
		\$1.962.336,80

- El 28 de mayo de 2013, el demandante radicó derecho de petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, solicitando la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro (fl. 4).
- El 10 de julio de 2013, mediante Oficio N° 43733 el ente demandado negó al demandante la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro. (fl. 6-7).

En este orden de ideas, corresponde a la Sala entonces examinar si esta disconformidad reglada entre oficiales, suboficiales y soldados profesionales constituye una vulneración del principio y derecho constitucional a la igualdad, según señaló como argumentos de la demanda el actor, o si como lo señala la demandada, es un parámetro diferencial establecido por el legislador, dado que el principio de igualdad se predica solo entre iguales.

En principio resulta menester apuntar, que la constitución política en su artículo 13 ha establecido y garantizado el derecho a la igualdad y la prohibición de un trato discriminatorio así:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

Sobre este tema la H. Corte Constitucional ha preceptuado²¹:

“La Constitución Política de Colombia, en su artículo 13 prescribe que todas las personas nacen iguales ante la ley y que recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Empero lo anterior,

²¹ Corte Constitucional, Sentencia T-587 de 27 de julio de 2006, M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería.

Expediente:	70-001-33-33-002-2013-00179-00
Demandante:	REINALDO NARVÁEZ VILLEGAS
Demandando:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia:	JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

dicha norma no debe entenderse como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática. Tanto es así que los incisos segundo y tercero del artículo ídem ordenan al Estado promover *"las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva"*, adoptar *"las medidas a favor de grupos discriminados o marginados"* y, además, proteger *"especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta"*.

En este contexto, cabe destacar que la Corte ha precisado que por sí solo un trato diferente resulta insuficiente para predicar la vulneración del derecho a la igualdad, en esa línea ha señalado²²:

En este orden de ideas, tenemos que la diferencia de trato resulta insuficiente, *per se*, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad, pues para acreditar la existencia de una conducta discriminatoria es necesario verificar, entre otras cosas, que la persona o grupo de personas que se traen como referente se encuentran en la misma situación fáctica de quien alega la afectación del derecho. Si no es así, en el evento en que no pueda constatarse esta última circunstancia, estaríamos en ausencia de la primera condición exigida por la jurisprudencia constitucional para la vulneración del derecho a la igualdad, esto es: la igualdad de los supuestos de hecho en los cuales se deben encontrar, tanto quien alega la vulneración del derecho, como sus referentes. Se entiende así mismo, de manera lógica, que el trato desigual en situaciones fácticas distintas no es violatorio del derecho a la igualdad.

En consecuencia, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, se extrae que los preceptos que comprenden la viabilidad de un trato disímil son los siguientes:

1. Que las personas sujetas al trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho.
2. Que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales.
3. Que la diferencia de situación, la finalidad que persigue y el trato desigual que se otorga tenga racionalidad interna.
4. Que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente las circunstancias de hecho y la finalidad.

En efecto, al observar la distinción planteada por el Decreto 4433 de 2004, entre los miembros de las Fuerzas Militares, concluye esta Corporación que los presupuestos que posibilita la aplicación de esta praxis diferencial, no se llevan a cabo en el sub examine, toda vez que en relación al subsidio familiar, este es devengado en servicio activo tanto por los oficiales y sub oficiales, así como por los soldados profesionales quienes en conjunto cumplen con la misión dispuesta en el artículo 217 constitucional.

²² Ibid.

Expediente:	70-001-33-33-002-2013-00179-00
Demandante:	REINALDO NARVÁEZ VILLEGAS
Demandando:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia:	JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

De igual forma, no se advierte que el trato planteado distintamente a los miembros de la Fuerzas Militares, consulte valores y principios constitucionales, máxime cuando hasta este momento se avista contrariedad con estos.

En relación con el ítem de racionalidad interna, se concluye la discordancia existente entre el objetivo y finalidad del subsidio familiar y la forma de aplicación en el caso de los miembros de las Fuerzas Militares, por cuanto la naturaleza de este subsidio se enfoca en la asistencia a los empleados de medianos y menores ingresos, con el objetivo fundamental de aliviar las cargas económicas que conlleva el sostén de la familia, como núcleo básico de la sociedad; es así como su proyección se enfocaría en los empleados de menores ingresos; sin embargo, contradictoriamente esto no sucede en el caso de las Fuerzas Militares.

Por consiguiente, resulta equívoco que los soldados profesionales perciban la prestación social en comento, como parte de sus derechos laborales, pero a la hora de la liquidación de su asignación de retiro equiparable a la pensión en el caso de los otros empleados públicos, este no les sea tomada en cuenta, cuando a los oficiales y suboficiales que devengan un mejor salario y mejores prestaciones si se les incluye; situación que además a todas luces se exhibe como contrapuesta al principio de proporcionalidad²³.

Así las cosas, determina esta Sala que el trato diferencial delineado respecto al subsidio familiar por los miembros de las Fuerzas Militares, esto es oficiales, suboficiales y soldados profesionales, resulta contrario al principio constitucional a la igualdad.

Ahora bien, en el *sub lite*, el Sr. REINALDO NARVÁEZ VILLEGAS, devengó como haberes en la última nomina los siguientes conceptos²⁴:

²³ En la sentencia C-916 de 2002, la Corte expuso respecto de este principio:

“En la jurisprudencia constitucional el postulado de la proporcionalidad constituye una directiva no explícitamente positivizada en la Carta Política. Desde un punto de vista abstracto, la proporcionalidad es un concepto relacional cuya aplicación busca colocar dos magnitudes en relación de equilibrio. El concepto de la proporcionalidad remite a la relación de equilibrio entre distintos pares de conceptos, como supuesto de hecho y consecuencia jurídica, afectación y defensa, ataque y reacción. Históricamente la proporcionalidad se ha asociado a conceptos e imágenes como la balanza, la regla o el equilibrio.

“(…) En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución –, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1 CP.), fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 CP.) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 CP.).

²⁴ Fl. 36 C.Ppal.

HABERES NOMINA SEPTIEMBRE/2011 DÍAS: 30 GRADO: IMP

<u>Descripción</u>	<u>Porc.</u>	<u>Valor</u>
SUELDO BÁSICO		793,380.00
SUBSIDIO FAMILIAR²⁵	4.00	495,862.50
PRIMA DE ANTIGÜEDAD... (...)	58.50	464,127.30
SEGURO DE VIDA SUBSIDIADO	.00	10,622.00
BONIFICACIÓN ORDEN PÚBLICO SOLDADO PF	25.00	<u>198,345.00</u>
(...)		1, 962,336.80

En consecuencia, advertido como está el pago del subsidio familiar del demandante y la acreditación de su calidad padre de cinco menores según consta en la Resolución No. 1636 del 10 de abril de 2013, “por medio de la cual se ordena el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del al señor Infante de Marina Profesional (RA) de la Armada REINALDO NARVÁEZ VILLEGAS”, obrante a folio 35 del expediente, este Tribunal ordenará en virtud de la excepción de inconstitucionalidad fundamentada en el artículo 4º de la Constitución que establece: *“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...”* inaplicar el parágrafo del artículo 13 del decreto 4433 de 2004²⁶, que impide sea computable otro subsidio al dispuesto para los miembros de las Fuerzas Militares, de conformidad con las razones expuestas en precedencia, por lo cual confirmará el fallo de primera instancia que ordenó la reliquidación de la asignación de retiro del soldado profesional, con una suma equivalente al: 70% del salario mensual dispuesto por el inciso primero del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000, más el subsidio familiar, que según las pruebas obrantes del expediente, correspondía a un porcentaje del 4% según se señaló ibídem y adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.

3.6. Conclusión

En este orden de ideas, considera esta Colegiatura que la respuesta al problema jurídico planteado es positiva, por cuanto la inclusión del subsidio familiar como factor de liquidación de la asignación de retiro de un soldado profesional, obedece a un correcto entendimiento del principio y derecho fundamental a la igualdad, y por ende la no inclusión de esta partida constituiría una transgresión a esta noción constitucional.

²⁵ Negritas y cursiva de la Sala.

²⁶ 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.

Expediente:	70-001-33-33-002-2013-00179-00
Demandante:	REINALDO NARVÁEZ VILLEGAS
Demandando:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia:	JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Así las cosas, se dispone para esta Judicatura confirmar en su totalidad la sentencia de alzada.

3.6. Condena en costas.

De conformidad con el 188 de CPACA, y el literal 4º del artículo 365 del CGP, habrá lugar a condenar en costas en esta instancia a la parte recurrente, por cuanto en recurso impetrado no tuvo vocación de prosperidad. La liquidación se hará por el Juez de primera instancia, conforme al artículo 366 del CGP.

XIII. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre - Sala Tercera de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo del 7 de marzo de 2014, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo con funciones en el sistema oral, según lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte recurrente, esto es, CAJA DE RETIRO DELAS FUERZAS MILITARES. La liquidación se hará conjuntamente por el Juez de primera instancia, conforme el artículo 366 del CGP.

TERCERO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por el Tribunal en sesión de la fecha, según consta en Acta No. 192.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS
Magistrado

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY
Magistrado