

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-010-2018-00275-01
Demandante	EDUAR ENRIQUE SALAS CASTILLO
Demandado	NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
Tema	RELIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE INVLAIDEZ CON INCLUSIÓN DEL SUBSIDIO FAMILIAR
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia oral de fecha diez (10) de marzo de dos mil veinte (2020) proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

1. Que se declare la nulidad del Oficio No. OFI18-90906 MDNSGDAGPSAP del 20 de septiembre de 2018.
2. A título de restablecimiento del derecho solicita que se reconozca y pague subsidio familiar y que se reliquide la pensión de invalidez percibida por el actor con inclusión del subsidio familiar como partida computable.

1.2. HECHOS

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

- El accionante EDUAR ENRIQUE SALAS CANTILLO inició su carrera militar el 5 de febrero de 2005 incorporándose inicialmente como Soldado regular en la escuela de formación de infantería de marina ubicado en Coveñas-Sucre.
- Posteriormente se vinculó como Infante de Marina Profesional-Combatiente al servicio de la Armada Nacional, hasta el 20 de octubre de 2010, fecha en la cual se produjo su retiro.
- Que, en desarrollo de su actividad como infante de Marina Profesional, el señor EDUAR ENRIQUE SALAS CANTILLO fue presentando quebrantos de salud lo que conllevaron a la realización de una Junta Medico Laboral No. 51 del 23 de junio de 2009 y ante el Tribunal Medico Laboral de Revisión militar y de Policía No. 4055 del 11 de febrero de 2010 que le determinó una disminución en la capacidad laboral del 55.97% ocurra por causa y razón del servicio.
- Mediante Resolución No. 956 del 28 de marzo de 2012 el Ministerio de Defensa Nacional ordenó reconocer y pagar una pensión de invalidez al infante de marina profesional EDUAR ENRIQUE SALAS CANTILLO. En la liquidación de la pensión solo se incluyó como partidas computables el salario y la prima de antigüedad, sin incluir el subsidio familiar.
- El 14 de septiembre de 2018 el actor presentó reclamación administrativa ante el Ministerio de Defensa Nacional solicitando la reliquidación de la pensión de invalidez con inclusión del subsidio familiar como partida computable.
- La reclamación fue resuelta en forma negativa mediante Oficio No. OFI18-90906 MDNSGDAGPSAP del 20 de septiembre de 2018.

2. Normas violadas y Concepto de violación.

El demandante señala como normas violadas, las siguientes: artículo 6, 13, 25, 29, 121, 122 de la Constitución Política; Decreto 4433 de 2004, Ley 83.6 de 2003, artículos 43, 137 y 138 del CPACA, artículo 11 y 23 de la Declaración universal de los Derechos Humanos.

Al respecto preciso la parte actora que el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública aplicable desde el año 2005 es el contenido en el Decreto 4433 de 2004 en desarrollo de la Ley 923 de 2004 que estableció las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. Dentro de ese decreto se regula la forma de reconocer las asignaciones de retiro de los integrantes de las fuerzas militares, estableciendo taxativamente las partidas computables para dichos efectos de los oficiales y suboficiales, y todas con el mismo carácter para los soldados profesionales.

Indicó que las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares solo se encuentran el salario mensual y la prima de antigüedad, sin que pueda ser contemplado el subsidio familiar. Precisó que el subsidio familiar ha sido reconocido por la Corte Constitucional como una prestación social derivada del derecho fundamental a la seguridad social que, 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.

Al respecto, manifestó que se debe inaplicar el artículo 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004 toda vez que la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversos casos en los cuales los miembros de la fuerza pública han sido desvinculados por la disminución de la capacidad laboral cuando existan de por medio derechos fundamentales. Señaló que los artículos en cita dan un trato desigual que no ha sido equitativo y discriminatorio a los soldados e infantes de marina profesionales en cuanto a que limita la inclusión de otras partidas distintas a las expresamente señaladas en el mismo artículo e inaplicar

el artículo 16 del mismo decreto por excluir de la asignación de retiro de los soldados profesionales el subsidio familiar.

3. Contestación de la demanda

La parte accionada presentó escrito de contestación de la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Para tal efecto, precisó que de conformidad con lo señalado en el Decreto 4433 de 2004 al actor se le reconoció una pensión de invalidez con la inclusión de los factores salariales efectivamente devengados y señalados en la ley dentro de los cuales no aparece el subsidio familiar.

4. Sentencia apelada

En sentencia oral de fecha diez (10) de marzo de dos mil veinte (2020) proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, se concedieron las pretensiones de la demanda, señalando lo siguiente:

“PRIMERO: Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. OF118-90906 MDNSGDAGPSAP del 20 de septiembre de 2018, por medio del cual se negó la solicitud de reliquidación de la pensión de invalidez del señor Eduar Enrique Salas Cantillo.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la NACIÓN- MINISTERIO DEFENSA NACIONAL, procesa a reliquidar la pensión de invalidez del señor Eduar Enrique Salas Cantillo, con inclusión del subsidio familiar, como partida computable en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

TERCERO: Las diferencias pensionales que resulten a favor del demandante, deberán ser indexadas, aplicando la siguiente fórmula.

$R = Rh \times \text{Índice final}$

$\frac{\quad}{\text{Índice inicial}}$

En la que el valor presente (R), se determina multiplicando el valor histórico (Rh) que es lo dejado de percibir por el demandante a título de diferencia pensional, por el guarismo que resulta al dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el "DANE" vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada de reajuste pensional, teniendo en cuenta que índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

CUARTO: Declarar prescritas las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 14 de septiembre de 2015.

QUINTO: Sin condena en costas en esta instancia.

(...)"

Señala el Juez de primera instancia que en el caso concreto, la Armada Nacional al liquidar la pensión de invalidez del actor, aplicó la norma vigente a ese momento, esto es el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, no obstante manifestó que al revisar la aplicación de la norma en cita advirtió que la misma contiene un trato desigual para los soldados profesionales, toda vez que no se les tiene encuentra dicho subsidio al momento de liquidar la pensión de invalidez a diferencia de los oficiales y suboficiales.

Que, en virtud de la inaplicación por inconstitucionalidad de la norma señalada por la parte demandante, analizó la naturaleza del subsidio y concluyó que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 establece un trato diferencial, el cual no contiene una exclusión razonable para que los soldados profesionales no puedan percibir el subsidio.

5. Recurso de apelación.

La parte accionada en el escrito de apelación, solicita se revoque el fallo de primera instancia, bajo los siguientes argumentos.

Manifiesta la accionada que ratifican el escrito de contestación de demanda y los alegatos de conclusión presentados dentro del asunto de la referencia, los cuales los siguientes argumentos:

En primer lugar, precisa la accionada que el Artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 establece las partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares, indicando que “la asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia se liquidarán según corresponda, en cada caso, sobre las siguientes partidas: 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...” es decir que no se contempla la inclusión de la partida del subsidio familiar, amén de que mediante Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, Consejero Ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, de fecha 25 de abril de 2019, el máximo órgano de lo Contencioso Administrativo determinó que 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 como tal.

En segundo lugar, indicó que la Sentencia apelada de fecha 10 de marzo de 2020, tiene múltiples yerros, el principal de ellos es que no se indica la causal de nulidad del acto administrativo demandado, es decir el Oficio No. OFI18-90906 MDNSGDAGPSAP del 20 de septiembre de 2018.

6. Trámite procesal de segunda instancia

Mediante auto de fecha veintiséis (26) de mayo de dos mil veintiuno (2021), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada; por

medio de auto de fecha treinta (30) de agosto de dos mil veintiuno (2021), se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

7. Alegatos de conclusión

7.1. Parte demandante

La parte accionante no presentó escrito de alegatos de conclusión de segunda instancia.

7.2 Parte demandada

La parte demandada en escrito de alegatos de conclusión de segunda instancia, solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

V.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.

2. Problema Jurídico

La Sala encuentra que el problema jurídico, determinado por el sustento de la alzada, se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Resulta procedente ordenar la reliquidación de la pensión de invalidez del actor teniendo en cuenta el subsidio familiar como partida computable?

3. Tesis

La Sala revocará la sentencia recurrida, dando aplicación a la sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de dos mil 2019; toda vez que el actor causó su derecho a la pensión de invalidez con anterioridad al mes de julio de 2014, y en consecuencia el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto que así lo dispusiera.

La anterior tesis se fundamenta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

A. Subsidio Familiar

El subsidio familiar fue definido por la Ley 21 de 1982 artículo 1 así:

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

El Decreto 1794 de 2000 artículo 11, por su parte, estableció el subsidio familiar a favor de los Soldados Profesionales, de esta forma:

“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."

Sin embargo, el anterior artículo fue derogado por el artículo 1° del Decreto 3770 de 2009, disponiendo que los soldados profesionales que a la fecha de entrada en vigencia de ese decreto, estuvieran percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarían devengándolo hasta su retiro del servicio.

De lo anterior se concluye, que los Soldados Profesionales devengan el subsidio familiar durante el servicio activo, siempre y cuando vinieran percibiéndolo antes de que entrara en vigencia el Decreto 3770 de 2009, es decir, antes del 25 de septiembre de ese año.

B. Asignación de Retiro de los integrantes de las Fuerzas Militares

El régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública aplicable desde el año 2005 es el contenido en el Decreto 4433 del 2004 en desarrollo de la Ley 923 del 2004 que estableció las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

Dentro de este decreto se reguló la forma de reconocer las asignaciones de retiro de los integrantes de las fuerzas militares, estableciendo taxativamente las partidas computables para dichos efectos de los oficiales y suboficiales, y otras con el mismo carácter para los soldados profesionales así:

***“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."

Así, de la anterior norma se observa que las partidas computables para la asignación de retiro y régimen pensional de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares solo son el salario mensual y la prima de antigüedad, sin que pueda ser contemplado otro diferente, como el subsidio familiar, por la taxatividad de la norma, mientras que para los oficiales y suboficiales la misma norma ha establecido un listado más amplio de partidas computables para la determinación de la asignación de retiro, que de igual forma también es taxativo.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación de fecha 25 de abril de dos mil 2019, radicación No. 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19, estableció reglas jurisprudenciales en cuanto al régimen de asignación de retiro de los soldados profesionales, las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de dicha asignación, reglas para la inclusión del subsidio familiar como partida computable, la legitimación de CREMIL para decidir sobre el reajuste de la asignación de retiro, su forma de liquidación, y la interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; concluyendo al respecto lo siguiente:



“10. Reglas de unificación

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

1. En virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales fijan el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:

- 1.1. **Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.**
- 1.2. Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.
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%¹ para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000² 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.**
4. A fin de establecer la asignación mensual como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro según lo dispuesto por el artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, deberá atenderse el artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, en su integridad, teniendo en cuenta el salario que le corresponde a los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales, por lo cual:

¹ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

² El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.



- 4.1. *La asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%. Así mismo, habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.*
- 4.2. *Por su parte, la asignación salarial mensual de los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%.*
5. *La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL, tiene legitimación en la causa para reajustar la asignación de retiro de los soldados profesionales, sin que se requiera que previamente se hubiera obtenido el reajuste del salario devengado en servicio activo.*
6. *Para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro; de la siguiente manera:*

$$(\text{Salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro.}$$
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."*

Con fundamento en el criterio jurisprudencial unificado, procederá la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados.

5. CASO CONCRETO

5.1 Hechos probados

Las probanzas que seguidamente se relacionan, dan cuenta de los hechos que resultan relevantes para resolver la presente causa:

5.1.1. El demandante ingresó a las Fuerzas Armadas a prestar el servicio militar entre el 8 de febrero de 2005 hasta el 15 de noviembre de 2006; luego se vinculó como alumno infante profesional desde el 20 de abril de 2007, fungió como infante profesional desde el 14 de julio de 2007 hasta el 20 de octubre de 2010, y se desvinculó finalmente el 19 de enero de 2011. (Fls. 27).

5.1.2. Mediante certificación de fecha 8 de noviembre de 2018 proferida por el Jefe de División de Hojas de Vida de la Armada Nacional, se acreditó que el señor EDUAR ENRIQUE SALAS CANTILLO se escalafonó en la Armada Nacional como Infante de Marina Profesional el 14 de Julio de 2007, mediante Orden Administrativa de Personal No. 365 del 13 de julio de 2007, retirado por invalidez el 20 de octubre de 2010 de acuerdo con Orden Administrativa No. 588 del 20 de octubre de 2010, registró como la última unidad laborada en el año 2010 a bordo del Batallón de fusileros de Infantería de Marina No. 2 ubicado en la ciudad de Cartagena. (Fl. 32)

5.1.3. Mediante Resolución No. 956 del 26 de marzo de 2012 se reconoció pensión de invalidez al actor, con efectos a partir del 20 de octubre de 2010; teniendo en cuenta como partidas computables: el sueldo y la prima de antigüedad, en cuantía total de \$512.000.00. (Fl. 15-18)

5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

En el sub iudice, pretende la parte accionante se declare del Oficio No. OF18-90906 MDNSGDAGPSAP del 20 de septiembre de 2018 y como consecuencia solicita que se reconozca y pague subsidio familiar y que se reliquide la pensión de invalidez con inclusión del subsidio familiar como partida computable.

El juez de primera instancia concedió las pretensiones de la demanda al considerar que, en el sub examine, la Armada Nacional al liquidar la pensión de invalidez del actor aplicó la norma vigente a ese momento, esto es el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, no obstante manifestó que al revisar la aplicación de la norma en cita advirtió que la misma contiene un trato desigual para los soldados profesionales, toda vez que no se les tiene en cuenta dicho

subsidio al momento de liquidar la pensión de invalidez a diferencia de los oficiales y suboficiales.

Que en virtud de la inaplicación por inconstitucionalidad de la norma señalada por la parte demandante, analizó la naturaleza del subsidio y concluyó que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 establece un trato diferencial, el cual no contiene una exclusión razonable para que los soldados profesionales no puedan percibir el subsidio.

La parte accionada presentó recurso de apelación, solicitando para tal efecto que se revoque el fallo de primera instancia, bajo los siguientes argumentos.

Manifiesta la accionada que ratifican el escrito de contestación de demanda y los alegatos de conclusión presentados dentro del asunto de la referencia, los cuales los siguientes argumentos:

En primer lugar, precisa la accionada que el Artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 establece las partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares, indicando que “la asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia se liquidarán según corresponda, en cada caso, sobre las siguientes partidas: 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...” es decir que no se contempla la inclusión de la partida del subsidio familiar, amén de que mediante Sentencia de Unificación del H. Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, Consejero Ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, de fecha 25 de abril de 2019, el máximo órgano de lo Contencioso Administrativo determinó que 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 como tal.

En segundo lugar, indicó que la Sentencia apelada de fecha 10 de marzo de 2020, tiene múltiples yerros, el principal de ellos es que no se indica la causal

de nulidad del acto administrativo demandado, es decir el Oficio No. OFI18-90906 MDNSGDAGPSAP del 20 de septiembre de 2018.

En ese contexto, conforme al marco normativo y jurisprudencial citado, los hechos probados en el presente asunto, y el objeto del recurso de apelación impetrado; procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado.

En ese orden, advierte la Sala, conforme al EXTRACTO DE HOJA DE VIDA (fls. 26), que el señor EDUAR ENRIQUE SALAS CANTILLO ingresó a las Fuerzas Armadas a prestar el servicio militar entre el 8 de febrero de 2005 hasta el 15 de noviembre de 2006; luego se vinculó como alumno infante profesional desde el 20 de abril de 2007, fungió como infante profesional desde el 14 de julio de 2007 hasta el 20 de octubre de 2010, y se desvinculó finalmente el 19 de enero de 2011. (Fls. 27).

Mediante certificación de fecha 8 de noviembre de 2018 proferida por el Jefe de División de Hojas de Vida de la Armada Nacional, se acreditó que el señor EDUAR ENRIQUE SALAS CANTILLO se escalafonó en la Armada Nacional como Infante de Marina Profesional el 14 de Julio de 2007, mediante Orden Administrativa de Personal No. 365 del 13 de julio de 2007, retirado por invalidez el 20 de octubre de 2010 de acuerdo con Orden Administrativa No. 588 del 20 de octubre de 2010, registró como la última unidad laborada en el año 2010 a bordo del Batallón de fusileros de Infantería de Marina No. 2 ubicado en la ciudad de Cartagena. (Fl. 32)

A su turno, mediante Resolución No. 956 del 26 de marzo de 2012 se reconoció pensión de invalidez al actor, con efectos a partir del 20 de octubre de 2010; teniendo en cuenta como partidas computables: el sueldo básico y la prima de antigüedad, en cuantía total de \$512.000.00. (Fl. 15-18).

De lo anterior, encuentra la Sala que la entidad demandada liquidó la asignación de retiro (pensión de invalidez) del accionante dando aplicación a lo dispuesto por el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, calculando el monto de la prestación teniendo en cuenta exclusivamente lo correspondiente al

salario mensual y la prima de antigüedad, por ser el accionante un infante de Marina Profesional (soldado profesional).

Debe tenerse que, la liquidación en los términos antes dichos, se hizo ajustada a derecho, ya que dio aplicación estricta al Decreto 4433 del 2004 para el reconocimiento de la pensión de invalidez del actor quien se desempeñaba como soldado profesional, y esto debido a que el artículo 13 del citado decreto solo estableció como partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales el salario mensual y la prima de antigüedad, prohibiendo la inclusión de cualquier otra partida como computable para efectos de determinar la asignación de retiro, estando en armonía con el artículo 18 ibídem que al establecer los aportes de los soldados profesionales a CREMIL para efectos de la asignación de retiro, solo tuvo en cuenta los mismos dos rubros, es decir, el salario mensual y la prima de antigüedad.

En efecto, tal criterio fue reiterado por el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación de fecha 25 de abril de dos mil 2019, radicación No. 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19, en la cual estableció que, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes: (i) Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad. (ii) Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.

Por otro lado, para 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%³ para quienes al momento de su retiro estén devengado

³ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000⁴ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida. Y seguidamente concluyó señalando que para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no le será incluida como partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.

En este contexto, la Sala disiente de los argumentos expuestos por el A quo en la sentencia recurrida, y no acoge sus motivos para inaplicar por inconstitucionalidad el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 en atención a que, como quiera que el actor se desempeñaba como Soldado profesional, le es aplicable el régimen salarial y prestacional dispuesto para ese grado de jerarquía en la institución, el cual es un grado diferente al de los oficiales y suboficiales de la Armada Nacional, los cuales tienen un régimen salarial y prestacional propio, y aunado a lo anterior, porque el actor causó su derecho a percibir la pensión de invalidez con anterioridad a julio de 2014, fecha a partir de la cual entro en vigencia el Decreto 1162 de 2014 mediante el cual se incluyó el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro y pensión de invalidez de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares.

En ese orden, para la Sala la pensión de invalidez del actor se encuentra correctamente liquidada toda vez que se incluyeron las partidas computables establecidas en el artículo 13 del Decreto Reglamentario 4433 de 2004 esto es, sueldo básico, y prima de antigüedad, y sin incluir el subsidio familiar, toda vez que esta no es una prestación que deba ser incluida en la liquidación de la pensión de invalidez de los miembros de los soldados profesionales, pues las partidas están taxativamente establecidas en la norma ibidem y dicha prestación no se encuentra dentro del listado, el cual si está dispuesto para los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

⁴ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

De lo anterior se infiere que las partidas establecidas en cada una de las normas antes citadas deben ser aplicadas a los miembros de cada uno de los regímenes establecidos en ellas, el de oficiales, suboficiales, y soldados profesionales, los cuales tienen bases salariales diferentes, primas, subsidios, bonificaciones y otros emolumentos propios de cada uno de ellos, y no puede, como lo pretende el demandante, acudir a las partidas de un régimen (el de suboficiales y oficiales) para liquidar la prestación de retiro de quien pertenece a otro (soldado profesional), pues ello, igualmente, iría en contra del principio de inescindibilidad normativa, según se explicó previamente.

En relación al principio de favorabilidad invocado por el accionante considera la Sala, que se aplica en aquellos casos en que surge duda en el operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto, evento en los cuales se debe elegir la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social, pero "respetando siempre el principio de inescindibilidad o conglobamiento, por lo que debe aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece.

En el presente caso no cabe aplicar el principio alegado por el accionante, porque pretende escisiones o fragmentaciones, tomando lo más favorable del Decreto 4433 de 2004 el cual dispone el régimen salarial y prestacional de los suboficiales y oficiales de las fuerzas militares en el cual se incluye el subsidio familiar como partida computable para las asignaciones de retiro y pensiones, y utilizando disposiciones jurídicas contenidas en cada régimen normativo, lo cual está proscrito por el principio bajo estudio.

El principio in dubio pro operario o favorabilidad en sentido amplio, recae, por su parte sobre el ejercicio interpretativo efectuado por el juzgador al identificar el contenido normativo de una disposición jurídica, sobre el cual surgen dudas; que "debe revestir un carácter de seriedad y objetividad, carácter que en este

caso no tiene la supuesta duda planteada por el demandante, pues la regulación del subsidio familiar como partida computable en las asignaciones de retiro está dotada de claridad y la supuesta duda la hace surgir invocando la posibilidad de integrar elementos de una y otra norma para integrar una tercera.

Finalmente, el principio de la condición más beneficiosa, impone ante una misma situación jurídica regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, el deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas de escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador, pero en ningún caso permite al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.

Por otro lado, tampoco observa esta Colegiatura evidencia una discriminación del actor, toda vez que la aplicación del Decreto 4433 de 2004 deviene de su situación legal y reglamentaria de servicio público como soldado profesional.

Así las cosas, la Sala revocará la sentencia impugnada y en consecuencia negará las pretensiones de la demanda.

6. Condena en Costas

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, habiendo sido resuelto de forma desfavorable el recurso de apelación de la parte demandante en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera

Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

En este caso, se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada⁵. En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandante, las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI. FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada de fecha diez (10) de marzo de dos mil veinte (2020) proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, y en consecuencia, **NEGAR** las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante, liquídense por la Secretaría del Juzgado de Primera instancia, conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en dicha liquidación las agencias en derecho, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

⁵ Acuerdo 1887 de 2003, artículo 3o.



LOS MAGISTRADOS

LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL