

*Tribunal Administrativo de Bogotá*  
*Salón de Sesiones No. 17*  
*Magistrado Presidente: Dra. Clara Elena Céspedes Cortés*

Tunja, diez (10) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: **JUAN FELIPE MONTALVO**

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-

Expediente: 15238 3333 752 2015 00236 01

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada contra la sentencia de primera instancia proferida el 22 de febrero de 2017, mediante la cual el Juzgado Primero Administrativo Oral de Duitama accedió a las pretensiones de la demanda y ordenó reliquidar la asignación de retiro a **Juan Felipe Montalvo**, incluyendo como partida computable el subsidio familiar.

## I. ANTECEDENTES

**1.1. Demanda.** (fls. 15 y s.s.). En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Juan Felipe Montalvo, a través de apoderado judicial, pidió declarar la nulidad del acto administrativo **2014-98761 del 26 de diciembre de 2014** expedido por el **Jefe de la Oficina Asesora Jurídica** de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en adelante CREMIL, mediante la cual se negó el reajuste de su asignación de retiro (fl. 15 c.1)

A título de restablecimiento del derecho pidió que se reajuste su asignación de retiro con la inclusión de la partida de subsidio familiar en la misma proporción que venía percibiendo en actividad, esto es, 62,5% a partir del **15 de mayo de 2014**.

De la misma forma, pretendió que se ordene el pago efectivo indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre el reajuste solicitado, y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro hasta la fecha en que sea reconocido el derecho; que se ordene el pago de intereses moratorios conforme lo prevén los artículos 192 y 195 del CPACA; que se condene en costas a la

demandada y que se dé cumplimiento en los términos señalados en los artículos 192 y 195 del CPACA.

Relata que el demandante prestó sus servicios como soldado profesional en el Ejército Nacional por 20 años; que en razón de su matrimonio le fue reconocida y pagada una partida de subsidio familiar que, al momento del retiro, correspondía al 62,5% de la asignación básica, partida que también fue incluida en la liquidación del auxilio de cesantías.

Que mediante Resolución No **4338 de 15 de mayo de 2014**, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció la asignación de retiro, sin incluirle la partida de subsidio familiar; que solicitó esa inclusión la cual fue negada mediante el acto administrativo demandado.

Indicó como normas violadas el preámbulo y los artículos 1, 4, 13, 42 y 53 de la Constitución Política y, los artículos 2 y 2.7 de la Ley 923 de 2004, artículos 2 y 5 del Decreto 4433 de 2004.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Primero Administrativo Oral de Duitama profirió sentencia en audiencia inicial el 22 de febrero de 2017, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda (fl. 107 y ss.).

Contrajo el problema jurídico a determinar si es procedente reajustar la asignación de retiro del demandante con la inclusión del subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales.

Frente al fondo del asunto, se refirió al régimen normativo del reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales, los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional y a la naturaleza jurídica del subsidio familiar y su reconocimiento para aquellos –soldados profesionales-; dijo que la partida del subsidio familiar para los soldados profesionales se encuentra establecida en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, pagadera al soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, en cuantía equivalente al 4% de su salario básico más la prima de antigüedad.

Aseveró que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece un trato diferenciado de manera injustificada, puesto que no incluye como partida computable el subsidio familiar respecto de los soldados profesionales mientras que si la incluye en la liquidación de los oficiales y suboficiales, sin que se encuentre razón válida para dicha exclusión. Así mismo dijo:

*“...siguiendo el método utilizado por la Corte Constitucional en sentencias C-022 de 1996 y T-141 de 2013, evidencia que el trato desigual contenido en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, consistente en la no inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales que lo han devengado durante el servicio activo, no tiene un objetivo constitucionalmente válido, tornándose la disposición constitucional, pues vulnera el principio de igualdad. (...)” (fl. 109 vto.)*

Citó la sentencia proferida el 17 de octubre de 2013 por la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en el proceso con radicación número 2013-01821-00, para concluir que debe inaplicarse el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, por infracción directa del artículo 13 de la Constitución Política.

Descendiendo al caso concreto, manifestó que se encuentra acreditado que la Hoja de Servicios No. 3-71186772 de 28 de abril de 2014 que el actor durante el servicio activo, devengó el subsidio familiar; por contera, concluyó, debe computarse para reliquidar la asignación de retiro.

Por lo anterior, accedió a las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la entidad accionada.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la entidad demandada, apeló la sentencia (fl. 124 y s.s.) con fundamento en lo siguiente:

Dijo el Decreto 4433 de 2004, determinó los parámetros, condiciones y porcentajes que deben ser tenidos en cuenta para el reconocimiento de la asignación de retiro, a saber: 20 años de servicios, cuantía fija de asignación de retiro en un 70% y porcentaje fijo de prima de antigüedad equivalente al 38.5%. Trajo a colación jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>1</sup> y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca conforme a la cual “... el subsidio familiar na es una partida computable

---

<sup>1</sup> Sentencia de 22 de enero de 2004 con ponencia de la Consejera Doctora Ana Margarita Olaya Forero

*en la asignación de retiro, toda vez que la norma que regula la materia no la establece como tal para los soldados profesionales del Ejército nacional” (fl. 125 vto).*

*Que el subsidio familiar es una prestación social y convertida ella en partida computable para pensión no tiene incidencia la existencia de beneficiarios, es decir, pierde sentido su pago pues no protege al núcleo familiar; que al no incluirse tal partida no se genera pérdida alguna para el soldado quien deja de cancelar pago por tal efecto.*

*En cuanto a las partidas computables dijo que las mismas corresponden a las señaladas en la Hoja de Servicio que se reflejan en la asignación reconocida al actor. Que no se debió inaplicar la norma, por cuanto no existe ninguna vulneración al derecho a la igualdad.*

*Insistió que la entidad se limitó a aplicar el Decreto 4433 de 2004, es decir, la decisión tuvo como sustento el hecho del legislador quien provoca el daño con su omisión.*

*Que de confirmarse la sentencia apelada, habrá de exonerarse a la entidad por costas en tanto la entidad dio contestación a la demanda, aportando los antecedentes del acto administrativo demandado y no realizó actos dilatorios ni temerarios encaminados a perturbar el procedimiento.*

#### **IV. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA**

*Corrido el traslado para alegar de conclusión, la entidad demandada guardó silencio, por su parte, el señor Juan Felipe Montalvo, a través de apoderado judicial, manifestó (fl. 185 y ss.):*

*Citó sentencias proferidas por el Consejo de Estado<sup>2</sup> y el Tribunal de Cundinamarca<sup>3</sup> y, sobre la excepción de inconstitucionalidad, dijo que en la Constitución Política no existe un texto expreso que se refiera a esta, no obstante, asignó a la jurisdicción especializada la facultad de decidir sobre la legalidad de los*

---

<sup>2</sup> Subsección “B”, Sección Segunda, sentencia de 17 de octubre de 2013, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez;

<sup>3</sup> Sentencia proferida por la Sección Segunda el 12 de abril de 2012, radicado 2011-00080; sentencia de 9 de noviembre de 2011, Sección Segunda, Subsección “E” Sala de Desecongestión, radicación 2006-00117.

actos administrativos, es por ello, que la ilegalidad debe ser decretada en los términos que indica el legislador.

Afirmó que la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales se derivan su validez, dan lugar a la ruptura normativa, en consecuencia, la excepción de ilegalidad, se circunscribe a la posibilidad que tiene el juez administrativo de inaplicar un acto administrativo que resulta contrario al ordenamiento jurídico.

Indicó que el Consejo de Estado ha definido que el subsidio familiar es un beneficio a los sectores con ingresos medio o bajos y permite cubrir la carga económica que representa la subsistencia de una familia.

#### **V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Señor Procurador 122 Delegado ante este Tribunal en su concepto de fondo (fls. 160 y ss. c.2), opina que la sentencia apelada amerita ser confirmada.

Luego de referirse a los antecedentes fácticos y al valor vinculante de la jurisprudencia como fuente formal y material del derecho, contrajo el problema jurídico a determinar si le asiste o no el derecho al demandante, en su calidad de ex soldado profesional, a que se le incluya en la asignación de retiro la partir computable de subsidio familiar que devengaba en servicio activo.

Procedió a analizar la naturaleza jurídica y el marco jurídico del subsidio familiar, para ello, citó la sentencia T-712 de 2003 proferida por la Corte Constitucional, los Decretos 1794 de 2000 y 4433 de 2004 y las sentencias de tutela proferidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 17 de octubre de 2013, en el proceso con radicación número AC-11001-03-15-000-2013-01821-00 y por la Sección Primera el 11 de diciembre de 2014 en el proceso con radicación número 2014-02292-01; finalmente citó sentencias proferidas por esta Corporación el 28 de abril de 2014, radicación número 2012-00133-01 con ponencia del Doctor Fabio Iván Afanador y de 29 de septiembre de 2016, radicación número 2014-00246-01 con ponencia del Doctor Félix Alberto Rodríguez Riveros.

Luego, se pronunció sobre la excepción de inconstitucionalidad en los siguientes términos:

*“...la excepción de inconstitucionalidad se refiere a la inaplicación de una norma dentro de un caso concreto, ante la inconstitucionalidad que dicho precepto supone en el contexto particular, y por ello los efectos son inter partes.*

*Para el caso concreto se deben inaplicar los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, teniendo en cuenta que violan directamente el principio de igualdad que cobija a los soldados profesionales, amén de que desnaturalizan el ser del subsidio familiar que propende por un fin del Estado como es la igualdad material.” (fl. 166)*

## VI. CONSIDERACIONES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia proferida en audiencia inicial el **22 de febrero de 2017** por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Duitama que accedió a las pretensiones de la demanda.

El debate se centra en determinar si al incluirse el subsidio familiar como partida en la liquidación de la asignación de retiro del demandante se desconoce el derecho a la igualdad, como lo decidió el a-quo.

### 6.1. Naturaleza jurídica del subsidio familiar:

Su origen se remonta al artículo 73 de la Ley 2ª de 19 de febrero de 1945 catalogado en principio como una prima de alojamiento mensual en favor de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que estuvieran casados fueran viudos con hijos. Luego, con los artículos 3 y 5 del Decreto 325 de 1959, la prima de alojamiento fue denominada SUBSIDIO FAMILIAR.

Posteriormente, en el artículo 1º de la Ley 21 de 1982, el subsidio familiar fue definido como una prestación social en favor de un grupo especial de trabajadores para un propósito específico, así:

*“Artículo 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. (Subraya la Sala).*

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

Constitucionalmente<sup>4</sup>, también se ha definido la naturaleza jurídica del subsidio familiar, precisando en tal sentido, lo siguiente:

*“En líneas generales, del anterior panorama de desarrollo histórico puede concluirse que el subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El sistema de subsidio familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento. (Subrayado de la Sala).*

*Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral. Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social.*

*Y desde el punto de vista de la prestación misma del servicio, este es una función pública, servida por el Estado a través de organismos intermediarios manejados por empresarios y trabajadores. Desde esta perspectiva, en su debida prestación se considera comprometido el interés general de la sociedad, por los fines de equidad que persigue.”*

Posteriormente, en la Sentencia C-1173 de 2001, la Corte Constitucional consideró que el subsidio familiar ostenta la triple condición de prestación de la seguridad social, mecanismo de redistribución del ingreso y función pública desde la óptica de la prestación del servicio, así:

*“Naturaleza jurídica del subsidio familiar. En líneas generales, del anterior panorama de desarrollo histórico puede concluirse que el subsidio familiar en Colombia ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar.*

*Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, subsidio que se paga en atención al número de hijos; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación. El sistema de subsidio*

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-508/97.

*familiar es entonces un mecanismo de redistribución del ingreso, en especial si se atiende a que el subsidio en dinero se reconoce al trabajador en razón de su carga familiar y de unos niveles de ingreso precarios, que le impiden atender en forma satisfactoria las necesidades más apremiantes en alimentación, vestuario, educación y alojamiento.*

*Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral. Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social".*

*Y desde el punto de vista de la prestación misma del servicio, este es una función pública, servida por el Estado a través de organismos intermediarios manejados por empresarios y trabajadores. Desde esta perspectiva, en su debida prestación se considera comprometido el interés general de la sociedad, por los fines de equidad que persigue."*

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado también se ha pronunciado respecto de la naturaleza prestacional del subsidio familiar en favor de personas con bajos ingresos, así:

*"Se tiene entonces, que el referido subsidio fue concebido por la Ley, como una prestación social, que beneficia a las personas de bajos ingresos, con destino a quienes dependen de ellas y con el fin de proteger la familia.*

*En este sentido debe tenerse en cuenta lo que sobre el subsidio familiar, ha considerado la Corte Constitucional (C-508/97), quien sostiene que ostenta una triple condición: la de prestación legal de carácter laboral, la de mecanismo de redistribución del ingreso y la de función pública desde la óptica de la prestación del servicio.*

(...)

*Se tiene entonces, que se trata de una prestación social cuya finalidad, es solventar las cargas económicas del trabajador beneficiario, con el objetivo fundamental, de proteger de manera integral a la familia como núcleo básico de la sociedad.*

*El subsidio familiar puede otorgarse en dinero, es decir, en una cuota monetaria que se paga por cada persona a cargo, por la cual el beneficiario tiene derecho a la prestación; en especie, como reconocimiento de alimentos, vestido, becas de estudio, textos escolares, medicamentos y demás frutos o géneros diferentes al dinero que determine la Ley; y en servicios, que se reconoce a través de las obras y programas sociales que organizan las Cajas de Compensación Familiar dentro del orden de prioridades contemplado en la Ley."<sup>5</sup>*

La normatividad y la jurisprudencia traída en cita, no deja más que concluir que es a la población de menores ingresos laborales a la que busca proteger el subsidio familiar, por ende a la familia del trabajador. En el caso que se examina no se

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A". Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia del 23 de octubre de 2008. Radicación número: 25000-23-25-000-2006-0025)-01(1276-07).

requieren mayores elucubraciones para concluir que en la escala salarial los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares reciben una mejor remuneración que la de los soldados profesionales, dada la jerarquía que ostentan en el escalafón militar.

Basta, para reafirmar lo dicho traer a colación la sentencia del veinticuatro (24) de agosto de dos mil seis (2006), Sección Segunda – Subsección A, Consejero Ponente Alberto Arango Mantilla, en la que señaló:

*(...) “se tiene entonces que si bien históricamente el subsidio familiar fue instituido para beneficiar a los sectores menos favorecidos salarialmente, estableciéndose un sistema de compensación entre los salarios altos y bajos, con el fin de permitirle a los más pobres cubrir la carga económica que representa el sostenimiento de la familia, resulta forzoso concluir que dicho subsidio no puede beneficiar a quienes perciben los ingresos más altos en las escalas de remuneración determinadas por la ley.*

*Los Oficiales de las Fuerzas Militares en el grado de Capitán de Navío, en su condición de altos funcionarios de dichas fuerzas, quedaron excluidos del beneficio del auxilio familiar, pues con posterioridad a la Constitución de 1991 y a la Ley 4ª de 1992, se expidieron normas mediante las cuales se fijó su remuneración mensual, con el fin de lograr su nivelación salarial con relación a otros altos funcionarios del Estado, estableciéndose límites porcentuales respecto de lo devengado por estos últimos...”*

## **6.2. De la asignación de retiro de los soldados profesionales**

La Ley 587 de 2000, “Por medio de la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las fuerzas militares y de policía nacional”, facultó al Ejecutivo para expedir las normas de carrera, los reglamentos de régimen disciplinario y de evaluación de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, el reglamento de aptitud psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y **el régimen de carrera y/o estatuto del soldado profesional** así como el reglamento de disciplina y ética para la Policía Nacional, entre otros asuntos<sup>6</sup>.

En uso de las atribuciones extraordinarias conferidas por la citada ley, el Gobierno Nacional expidió el D.L. 1793 de 2000, “Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares”, que en el artículo 38 previó:

*“ARTÍCULO 38. REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL. El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado*

---

<sup>6</sup> Artículo 1.

*profesional, con base en lo dispuesto por la Ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos."*

Posteriormente, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1794 de 2000, "Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares". En su artículo 1º previó:

*"ARTICULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.*

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)."*

Dentro de las prestaciones otorgadas el artículo 11 ídem, estableció:

*"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".*

Posteriormente fue promulgada la Ley 923 de 2004, mediante la cual se señalan 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 de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política. El artículo 2º de la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004 señaló la **igualdad** y la **equidad** como principios medulares para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, y estableció como objetivo y criterio la prohibición de discriminar 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.

De tal manera que la vulneración de tales principios, objetivos y criterios conlleva la ineficacia del régimen pensional y/o de asignación de retiro respectivo, tal como lo previó expresamente el artículo 5º de la referida Ley 923: "ARTÍCULO 5o. LÍMITES

*LEGALES. Todo régimen pensional y/o de asignación de retira del personal de la Fuerza Pública, que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley, carecerá de efecto y no creará derechos adquiridos”.*

Ahora bien, en desarrollo de las disposiciones contenidas en la Ley 923 de 2004, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”, norma que, respecto a la asignación de retiro para soldados profesionales, dispuso:

*“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.” (Resaltado fuera de texto)*

En efecto, la disposición en cita remite al numeral 13.2.1 del mismo Decreto a fin de que se tenga en cuenta el salario allí establecido, para efectuar la liquidación de la asignación de retiro del personal de las Fuerzas Militares; esta norma prevé:

*“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.” (Negrillas de la Sala).*

En cuanto a la asignación de retiro, esa misma normatividad, indicó:

*“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.”(Subrayado fuera de texto).*

En este orden de ideas, no cabe duda que, en el caso de los soldados profesionales en servicio activo el subsidio familiar no es factor que integre la liquidación de la asignación de retiro por expresa disposición legal.

### **6.3. De la omisión inconstitucional:**

Dicho lo anterior, es decir que la normatividad en materia de liquidación de la asignación de retiro dispuso que en el caso de oficiales y suboficiales sería partida de liquidación de la asignación de retiro, mientras que en el caso de los soldados profesionales la excluyó, procede establecer si la inconstitucionalidad a la que acudió el juez a efecto de acceder a las pretensiones, se ajusta al ordenamiento jurídico.

Precisó la Corte Constitucional en la Sentencia C-090 de 2011:

*“...En este sentido, para que se estructure una omisión legislativa relativa, la jurisprudencia constitucional ha indicado que deben reunirse los siguientes requisitos: Primero, la existencia de una norma respecto de la cual se predique el cargo. Segundo, la exclusión de sus consecuencias jurídicas de casos asimilables a los previstos en ella, o la no inclusión de un ingrediente o condición indispensable para la armonización de su enunciado normativo con los mandatos de la Carta. Tercero, la ausencia de una razón suficiente para tal exclusión. Cuarto, la generación de una situación de desigualdad negativa respecto de los grupos excluidos o la vulneración de otros de sus derechos fundamentales; y quinto, la existencia de un mandato constitucional específico que obligue al legislador a contemplar los grupos o ingredientes excluidos. La omisión legislativa relativa se predica entonces de disposiciones que si bien en principio por sí mismas no son inconstitucionales, resultan ser contrarias a la Constitución, bien porque la regulación incompleta genera discriminaciones, bien porque las consecuencias jurídicas de ella no se extienden a supuestos de hecho iguales o análogos a los que contempla la norma acusada, o por no comprender ingredientes o condiciones indispensables para la armonización de su enunciado normativo con los mandatos de la Carta...”.*

Examinará la Sala si este caso presenta los contornos que señala la sentencia en cita, para concluir que existió inconstitucionalidad por omisión legislativa:

- El cargo se predica del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.
- En ese artículo se fijaron las partidas computables en la asignación de retiro para soldados profesionales miembros de las Fuerzas Militares.
- Entre las partidas computables **no se incluyó** el subsidio familiar devengado en servicio activo.
- En el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 se fijaron las partidas computables en la asignación de retiro de Oficiales y Suboficiales.
- Entre las partidas computables **se incluyó** el subsidio familiar devengado en servicio activo.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", en sentencia de fecha 17 de octubre de 2013, Consejera Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez, expediente 11001-03-15-000-2013-01821-00, precisó en un tema de similares contornos al considerar la existencia de vía de hecho, lo siguiente:

#### ***"La Asignación de Retiro***

*(...)*

*De acuerdo con lo anterior, se concluye que si bien es cierto que el subsidio familiar es un factor computable para efectos de la liquidación de la asignación de retiro, también lo es que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, no prevé su inclusión en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, cuyas partidas computables son el salario mensual y la prima de antigüedad.*

#### ***El derecho a la igualdad***

*...la Sala verificará si la exclusión del subsidio familiar como partida computable para efectos de la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales es una medida constitucionalmente válida y justificada, pues al revisar el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se observa que el "subsidio familiar" es una partida computable para las Oficiales y Suboficiales "(...) en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.", es decir, que si la previó para otros beneficiarios de la mencionada asignación.*

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

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

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

*En esas condiciones, se concluye que si bien es cierto el Tribunal Administrativo del Tolima aplicó en debida forma la norma que regula el régimen de pensiones y asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública; también lo es que, en el sub-lite resulta inaplicable por ser violatoria del principio de igualdad, al excluir de un beneficio prestacional a los Soldados Profesionales, que son el nivel más inferior en jerarquía, grado y salario de la estructura de las Fuerzas Militares, siendo el sector que en realidad lo necesita.(...).” (Resaltado de la Sala).*

Criterio reiterado recientemente por el Consejo de Estado en vía de tutela ordenando rehacer la sentencia proferida dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por considerar que la disposición que no incluye como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, el subsidio familiar es inconstitucional<sup>7</sup>.

Así entonces, atendiendo los pronunciamientos antes citados, que este tribunal comparte, basta agregar que no se encuentra una justificación objetiva para la diferenciación que ha venido explicándose pues, aunque sea cierto, como lo considera la entidad recurrente, que son diferentes los grados de oficiales, suboficiales y soldados profesionales, ello no resulta trascendental para lograr la validez de tal discriminación en tanto, de lo que acá se trata es, por el contrario, de la existencia de dos situaciones iguales, una, la finalidad del subsidio familiar y, otra, la situación de reconocimiento de la prestación que permitirá la subsistencia del retirado conforme a sus condiciones de vida o, más precisamente, su mínimo vital, con mayor razón cuando el subsidio familiar tuvo como objetivo a las personas de

<sup>7</sup> SECCION PRIMERA, Consejero ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ, sentencia de once (11) de diciembre de dos mil catorce (2014), Radicación número: 2012-02292-01, Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ. Demandado: JUZGADO TREINTA ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTA y TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION C.

mediano y menores ingresos con el fin de aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de una familia como núcleo básico de la sociedad<sup>8</sup>.

La situación de retiro con derecho a la asignación impone igual consecuencia para los dos grupos – oficiales y suboficiales como soldados profesionales – y quienes los componen se ven sujetos a igual consecuencia, como es la subsistencia a partir del ingreso que les genera el pago prestacional sin que, como se explicó, exista razón suficiente para que a unos se les incluya el subsidio familiar como partida y a otros no, pues ello genera una desigualdad negativa para los soldados profesionales cuando, el derecho a la seguridad social tiene iguales fines en los dos casos y, por el contrario, somete a uno de los dos grupos a desmejorar injustificadamente sus ingresos en una etapa en la que, por igual, ven menguadas sus posibilidades económicas. Al respecto en caso similar precisó este Tribunal, además, que:

*“...La Sala advierte que tal regulación no cumple con los principios, objetivos y criterios plasmados en Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, pues la omisión de incluir el subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales infringe la prohibición de no discriminación y el principio de equidad.*

*(...)*

*Para la Sala no es de recibo entonces, el argumento esbazado por la entidad demandada para negar la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro del demandante, con el argumento que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 no la enlistaba; al contrario, se evidencia que el Ejecutivo, al excluir tal beneficio a través del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, y por ende, del artículo 16 ibídem, y al incluirla para los mismos efectos a los Oficiales y Suboficiales de la misma Fuerza Pública, originó un trato desigual y discriminatorio de cara a los Soldados Profesionales; y además porque desdibuja la institución jurídica que la Constitución Política ha fijado como el núcleo fundamental de la sociedad, la familia.*

*Se precisa entonces, que para establecer tal situación, esto es, diferenciación de trato, se debe subsumir además otras circunstancias que efectivamente marcan la discriminación impartida entre partes, esto es, “(i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una*

<sup>8</sup> Artículo 1 de la Ley 21 de 1982. 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 objetiva fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad. Parágrafo. Para le reglamentaron, interpretación y, en general, para el cumplimiento de esta ley se tendrá en cuenta la presente definición del subsidio familiar.

racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad”<sup>9</sup>.

Si bien los dos grupos pertenecen a una misma Fuerza Pública, la diferencia que entre ellos radicaría se limita en determinar las responsabilidades o tareas a ejecutar en cabeza de cada uno, pues como bien lo ha enseñado la Jurisprudencia Constitucional<sup>10</sup>, los “**oficiales** son aquellos formados, entrenados y capacitados para ejercer la “conducción y mando” de los elementos de combate y de las operaciones de su respectiva fuerza, mientras que a los **suboficiales** les corresponde las funciones de apoyo a los oficiales.<sup>11</sup>” y “**Los soldados profesionales** y los agentes, por su parte, ejecutan e implementan las decisiones de los comandantes<sup>12</sup>”. Estos escenarios que desde el punto de vista de las normas que los crean y regulan, ubican a tales grupos en situaciones de hecho distintas y por lo mismo, en principio, no tendrían que estar sometidos al mismo tratamiento.

Queda demostrado que el trato desigual en la no inclusión de la partida del subsidio familiar para efectos de liquidar la asignación de retiro al demandante -Soldado Profesional- y quien tiene una remuneración inferior frente a los Oficiales y Suboficiales, para quienes sí se les tiene en cuenta tal partida en la liquidación de su asignación de retiro, como lo prevé los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, no efectiviza los principios y derechos constitucionales referenciados, como tampoco existe proporcionalidad entre el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad, porque el alcance Constitucional que se le ha dado al subsidio familiar, es el de una prestación social legal de carácter laboral, que beneficia a las personas de bajos ingresos con el fin de proteger la familia, sin importar a qué familia pertenezcan, -si a la del Soldado o a la del Oficial o Suboficial-; por lo que pretender desconocer la institución de la familia, los derechos de los niños y la condición económica del Soldado, se configura una flagrante violación a los principios de igualdad, solidaridad y universalidad y consecuente desnaturalización de la razón de ser del subsidio familiar...<sup>13</sup>

Dicho lo anterior, no cabe duda que, también a juicio de esta Sala, se vulnera el derecho a la igualdad dado que no existe razón alguna que justifique tal diferencia y, por ello, se puede concluir que el legislador incurrió en inconstitucionalidad por omisión relativa.

Finalmente, en relación con la jurisprudencia citada por la parte apelante y proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 22 de enero de 2004, con ponencia de la Consejera Doctora Ana Margarita Olaya Forero, conforme a la cual, según lo cita la recurrente, las partidas computables son únicamente las previstas por el legislador, carece esta Sala de la información necesaria a fin de confrontar

<sup>9</sup> Sentencia C-057 de 2010. Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo. También se citó en la T-587/06.

<sup>10</sup> Sentencia C-057 de 2010

<sup>11</sup> Decreto 1790 de 2000, modificado parcialmente por la Ley 1104 de 2006, artículos 11 y siguiente.

<sup>12</sup> Para el caso de la Policía, las normas pertinentes están contenidas en el Decreto 1791 de 2000

<sup>13</sup> Magistrado Ponente Doctor Fabio Iván Afanador García, expediente con RADICACIÓN: 15693333300201300017-01 sentencia de 24 de julio de 2015.

tales acertos y contextualizar el caso dado que no se cuenta con ninguna otra información relativa al proceso, como radicación o partes procesales, de manera que pudiera contarse con los elementos necesarios para el análisis.

Sin embargo, como ya se ha explicado, **para este caso concreto**, los argumentos del demandante, la jurisprudencia sobre el tema particular de este debate, y las conclusiones a las que se arriba, son suficientes para mantener la existencia de omisión legislativa inconstitucional pues, no queda duda que el demandante **devengó el subsidio familiar (fl. 17 y vto) y que la Resolución 4338 de 15 de mayo de 2014 (fls. 14 y s.s.) no lo incluyó.**

#### **6.5. De las costas:**

En materia de costas, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A" en **sentencia de 7 de abril de 2016**, con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del proceso con Radicación: 13001-23-33-000-2013-00022-01 Número Interno: 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP - Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal EICE, en Liquidación, (Hoy liquidada), precisó:

*"...El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:*

- a) *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" --CCA- a uno "objetivo valorativo" --CPACA-.*
- b) *Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c) *Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
- d) *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*

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

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP<sup>14</sup>, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

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

Ahora bien, al tenor del artículo 361 del C.G.P, las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho. En la segunda instancia la parte actora, presentó alegatos de conclusión, en consecuencia, se fijará como agencias en derecho la suma de quinientos mil pesos (\$500.000) a favor del demandante y a cargo de la entidad demandada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 3 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **VII. FALLA:**

- 1. Confirmar** la sentencia proferida en audiencia inicial el **22 de febrero de 2017** por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Duitama en el proceso iniciado por Juan Felipe Montalvo contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL.
- 2. Condenar** en costas a la parte demandada, liquidense por la primera instancia y sígase el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.
- 3. Fijar** como agencias en derecho en favor del señor Juan Felipe Montalvo Buelvas y a cargo la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, parte demandada, la suma de quinientos mil pesos (\$500.000) moneda corriente para esta instancia.

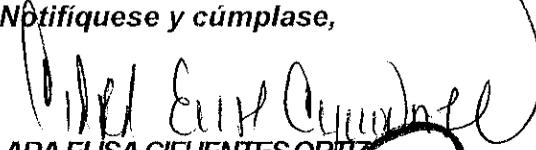
<sup>14</sup> “**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Demandante: **JUAN FELIPE MONTALVO**  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-  
Expediente: 15238 3333 752 2015 00236 01

4. En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

**Notifíquese y cúmplase,**

  
**CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ**  
**Magistrada**



**OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO**  
**Magistrado**



**JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO**  
**Magistrado**

HOJA DE FIRMAS

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho  
Demandante: **JUAN FELIPE MONTALVO**  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-  
Expediente: 15238 3333 752 2015 00236 01