Cartagena de Indias D.T y C., veinticinco (25) mayo de dos mil dieciocho (2018)

Acción	**Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Radicado	**13-001-33-33-002-2015-00409-01**
Demandante	**JUAN CARLOS GONZÁLEZ**
Demandado	**CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL**
Magistrado Ponente	**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**
Tema	**Reajuste de asignación de retiro soldado voluntario Subsidio familiar – violación al derecho a la igualdad Reliquidación de la Prima de antigüedad conforme el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.**

I. PRONUNCIAMIENTO

Incumbe a la Sala, resolver la apelación interpuesta, por la parte demandada, contra la sentencia del 11 de octubre de 2016, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se declaró la nulidad del acto administrativo acusado y se ordenó reliquidar la asignación de retiro incluyendo el subsidio familiar como partida computable y aplicando el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

II. ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por JUAN CARLOS GONZÁLEZ, por conducto de apoderado judicial.

2.2. Demandado

La acción está dirigida en contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL.

2.3. La demanda[1].

La presente acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue instaurada por el señor JUAN CARLOS GONZÁLEZ, por conducto de apoderado judicial, con el objeto que se declare la nulidad del acto administrativo oficio No. 0078444 de fecha 9 de octubre de 2014, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago del incremento del salario mínimo mensual legal vigente del 40% al 60%, por indebida aplicación del inciso segundo del Artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, la reliquidación del 70% de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y mediante el cual negó el reconocimiento, pagó e inclusión del subsidio familiar.

Como consecuencia de la anterior, solicita las siguientes declaraciones,

2.4. Pretensiones

"1. Que se declare la NULIDAD de los Actos Administrativos conformados por los oficios No. 0078444 proferido el 9 de Octubre de 2014, en virtud del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el convocante, y No. 0081560 de fecha 22 de Octubre de 2014, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el oficio señalado anteriormente, quedando debidamente agitada la via gubernativa.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración y, a título de restablecimiento del Derecho, LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, disponga el reconocimiento y pago a favor del señor JUAN CARLOS GONZÁLEZ, del reajuste de la asignación de retiro a que tiene derecho con fundamento en las siguientes causales, las cuales sustento más adelante:

2.1. REAJUSTE POR INDEBIDA APLICACIÓN DE LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 16 DEL DECRETO 4433 EL 31 DE DICIEMBRE DE 2004, EN CONCORDANCIA CON LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 13.2.1. DE LA MISMA NORMA Y EN EL INCISO SEGUNDO DEL ARTICULO 1° DEL DECRETO 1794 DE 2000, TODA VEZ QUE SE INCURRE EN ERROR AL EFECTUAR EL CALCULO DEL VALOR DE LA ASIGNACIÓN POR RETIRO, AL TOMAR EQUIVOCADAMENTE LOS FACTORES Y PORCENTAJES A LIQUIDAR AFECTANDO DOBLEMENTE LA PRIMA DE ANTIGÜEDAD.

2.2. REAJUSTE POR FALTA DE APLICACIÓN DE LO ESTABLECIDO EN EL PARÁGRAFO SEGUNDO DEL ARTICULO 1° DEL DECRETO 1794 DEL 14 DE SEPTIEMBRE DE 2000, YA QUE SE ESTA TOMANDO EL SALARIO MÍNIMO LEGAL VIGENTE INCREMENTADO SOLO EN UN 40%, CUANDO LA NORMA ESTABLECE QUE PARA LOS SOLDADOS QUE A 31 DE DICIEMBRE DE 2000 OSTENTABAN LA CALIDAD DE VOLUNTARIOS, COMO ES EL CASO DEL DEMANDANTE, LA ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL SE DEBE LIQUIDAR CON BASE EN EL SALARIO MÍNIMO LEGAL VIGENTE INCREMENTADO EN UN 60%.

[1]Folios 26-34 Cuaderno No. 1

2.3. REAJUSTE POR VIOLACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 13 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL, AL DEJAR DE INCLUIR EL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE PARA LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES, ENTRE ELLOS EL DEMANDANTE, CUANTO A TODOS LOAS DEMÁS MIEMBROS DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL ASI COMO DE LAS FUERZAS MILITARES, TANTO CIVILES COMO MILITARES Y DE POLICÍA SE LES TIENE EN CUENTA COMO FACTOR EN LA LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO RESPECTIVA.

3. Que se disponga el pago del REAJUSTE del retroactivo pensional desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y hasta la inclusión en nómina de pagos.

4. Que se disponga el pago de la indexación sobre todos los valores adeudados a mi representado.

5. Que se disponga el pago de los intereses de mora sobre todos los valores adeudados a mi representado.

6. Que se condene en COSTAS a la entidad demandada."

2.5. Hechos

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la parte demandante expone los siguientes:

El accionante ingresó a la Armada Nacional el 1° de abril de 1991, en condición de soldado voluntario y para el mes de diciembre de 2000 ostentaba esa condición.

Indica la parte demandante que le fue reconocida asignación de retiro mediante Resolución No. 4833 de 5 de octubre de 2011. Que en la mencionada resolución de liquidación de la asignación de retiro, se hizo con base en un salario mínimo mensual legal vigente más el 40%, vulnerando lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1794 de 14 de septiembre de 2000, puesto los saldados que a 31 de diciembre de 2000, ostentaban la calidad de voluntarios, la asignación salarial mensual se debe liquidar con base en el salario mínimo mensual legal vigente más el 60%.

Explica que radicó derecho de petición, solicitando, (i) la reliquidación del salario mínimo mensual legal vigente, más el 60% en la asignación de retiro, (ii) la reliquidación de la asignación de retiro del 70%, conforme lo establece el

artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; (iii) la inclusión del subsidio familiar como una partida computable de su asignación; siendo negadas sus solicitudes.

2.6. Normas Violadas y Concepto De Violación

Constitución Política	:	Artículos 13,25, 29, 53 y 58
Ley 4ª de 1992	:	Artículo 10
Decreto 4433 de 2004		
Decretos 1793 y 1794 de 2000		

El concepto de la violación es planteado por el accionante de la siguiente forma:

Explica que es claro y evidente que el último salario que debió devengar el soldado profesional antes de ser retirado de la Armada Nacional debía ser de un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60%, y es precisamente sobre este salario básico sobre el cual se debe determinar el monto de la asignación de retiro del reclamante, pues resulta ilógico e ilegal que se liquide sobre un salario inferior y que nunca le correspondió devengar durante su vinculación con la entidad.

El demandante indica que se viola el derecho a la igualdad, toda vez que sin tener en cuenta que para todos y cada uno de los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía, asi como el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, se tiene en cuenta al momento de efectuar la liquidación de a su asignación de retiro el subsidio familiar, salvo para los soldados profesionales a quienes no se les paga, colocándolos en situación de desigualdad frente a sus compañeros, sin tener en cuenta que son los soldados profesionales quienes están obligados a soportar todas las afujías, penurias y vejámenes de la guerra.

En lo atinente a la excepción de inconstitucionalidad, debe entenderse que la norma comparada con las directrices Constitucionales quede por fuera del ordenamiento jurídico por el hecho de concluirse su incompatibilidad con disposiciones de la Carta Política, sino que la consecuencia consiste en la inaplicación de la misma para el caso específico y concreto, en consecuencia, de conformidad con el artículo 4, se debe inaplicar por inconstitucional las normas antes referidas, y en su lugar se debe incluir el subsidio familiar como partida computable dentro de la asignación de retiro a que tiene derecho el demandante.

2.7. Contestación de la Demanda[2]

En lo que se refiere al cómputo del salario base de los Soldados Profesionales como partida computable para el reconocimiento de asignación de retiro, se encuentra lo siguiente:

(i) Que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 estipula que a los Soldados Profesionales que consoliden el derecho se les pagará una Asignación de Retiro equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1 del Artículo 13 del mismo decreto, (ii) Que El numeral 13.2.1 del Artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 estipula que el Salario Mensual de los Soldados Profesionales se establece de acuerdo a los términos del inciso primero, del Artículo 10 del Decreto 1794 de 2000 y (iii) Que el inciso primero del artículo 11 del decreto 1794 de 2000 establece que los soldados Profesionales devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo Salario.

De conformidad con este artículo, la entidad viene aplicando la fórmula AR = 70%

((SM)+38.5% (PA)) en la cual:

AR: Asignación de retiro.

SM: Salario mensual en los términos del Decreto ley 1794 de 2000.

PA: Prima de antigüedad.

Manifiesta la demandada que las decisiones tomadas por la entidad se ajustan a derecho por cuanto se basaron en la normatividad vigente y aplicable para la fecha de retiro de los convocantes.

Por último resalta, que CREMIL tiene como objeto el reconocimiento de las asignaciones de retiro del personal de oficiales, suboficiales y soldados profesionales e Infantes de Marina, para lo cual aplican las disposiciones especiales vigentes para cada uno de ellos y a partir de la expedición de una hoja de servicios, en donde consta toda la información relacionada con el tiempo de servicio y el salario devengado, para fines prestacionales, documento que se constituye en la pieza idónea para el reconocimiento de asignación de retiro por parte de la entidad en los términos de los articulo 234 y 235 del Decreto Ley 1211 de 1990.

---

[2]Folio 58-65 y 98 – 105 Cuaderno No. 1

Siendo la hoja de servicios militares expedida por el Ministerio de Defensa, con su respectiva aprobatoria, es el documento idóneo e indispensable para el reconocimiento de la asignación de retiro por parte de la Caja, por lo tanto, la entidad está sujeta a la expedición y aporte de dicho documento para el reconocimiento de la correspondiente prestación.

Concluyendo, que no se configura ninguna de las causales de nulidad de los actos administrativos proferidos, por el contrario, las actuaciones realizadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[3]

El Juez de primera instancia consideró que los actos acusados, violan en forma directa el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con el artículo 13.21 de la misma norma y el inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, por que CREMIL incurrió en una errónea interpretaciones de dichas disposiciones al momento de aplicarlos al caso concreto, en consecuencia, ordenó reajustar la asignación de retiro, con base en la interpretación correcta de las disposiciones, además inaplica por inconstitucional el inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000, pues viola el artículo 53 de la Constitución Política y debe tomarse en cuenta como asignación básica para la liquidación de la asignación de retiro, salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60 % y no en el 40% como erráticamente lo hizo la demandada.

Por último, con relación a la decisión de la entidad demandada de no incluir el subsidio familiar viola en forma directa el artículo 13 de la Constitución Política, dado que no existe justificación razonable para que el parágrafo del artículo 13 del decreto 4433 de 2004 lo haya excluido para los soldados e infantes de marina profesionales, por ende se dispondrá la inclusión de tal pretensiones, como factor computable para la liquidación de la asignación de retiro del actor.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

CREMIL[4]: Solicita se revoque la sentencia de primera instancia, en cuanto a la inclusión del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro, pues frente al caso específico de los soldados Profesionales, el

[3]Folio 164 minuto 28.05 – 1.11 de la grabación
[4]Folios 170-176 Cuaderno No. 1

reconocimiento de dicha asignación se sujeta a lo dispuesto en el artículo 16 del decreto 4433 de 2004 y de lo establecido en la hoja de servicios militares del actor, por lo que la inclusión del subsidio familiar contraria flagrantemente la normatividad vigente.

Indica que solamente a partir de la Ley 923 de 2004 y su decreto reglamentario 4433 del mismo año, se le dio la oportunidad a los soldados profesionales de acceder a una asignación de retiro, modificándose sustancialmente lo establecido sobre el particular contenido en los Decretos 1793 y 1794 de 2000; dicha norma se constituye entonces, en una disposición de carácter especial que prima sobre las demás normas generales y deroga las normas especiales que le fueran contrarias; por consiguiente, al revisar la norma, se encuentra que para efectos del reconocimiento de asignación de retiro, en forma taxativa se consagraron los parámetros, condiciones y porcentajes, que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento, dentro de los cuales no se encuentra el subsidio familiar.

Respecto a la liquidación de retiro cita el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, que reza:

> *"(...) 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 no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes".*

Frente a este aspecto enfatizó que encuentra clara la norma que indica que el soldado profesional tiene derecho a que se le pague asignaciones mensuales de retiro, así:

Salario Básico =SMLMV (100% + (INCREMENTO EN UN 40%) =140%
Prima de antigüedad =38.5%

Asignación de Retiro: 70% = (Sueldo Básico + 38.5% de Prima de Antigüedad)
Por consiguiente, siguiendo la uniformidad y secuencia de la norma, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al setenta por ciento (70%) de: Salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como ha estado aplicando.

De otra parte, citó lo dicho por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección "C", en sentencia del 20 de Septiembre de 2013, Rad. No. 11001333503020120008601, Demandante: Edgar Orlando Mora Acosta, Demandado: CREMIL, M.P. Amparo Oviedo Pinto, así:

> *"significa lo anterior, que los aportes sobre la prima de antigüedad para quienes están a tiempo de obtener la asignación de retiro y durante los últimos 11 años, se hará sobre el 38.5% y este porcentaje es parte de la base de liquidación, mas no corresponde en su totalidad para liquidar el monto de la asignación.*
>
> *Y en cuanto al monto a la cuantía de la asignación de retiro, el artículo 16 dispuso (...)*
>
> *Es decir que el monto de la asignación, es la proporción de la asignación y al leer con detenimiento la citada disposición se precisa que dicho monto o cuantía de la asignación de retiro, es el setenta por ciento (70%) de la base de liquidación, que es la suma de los factores salariales a tener en cuenta en la asignación de retiro, o sea que sumados los dos factores base de liquidación: salario incrementado en el 40%, más el 38.5% de la prima de antigüedad, se liquidara el 70%, tal como lo hizo la Caja de Retiro de las Fuerzas Militare, en los folios 13 del expediente, en un sano entendimiento de las disposiciones leídas".*

Finalmente solicita se revoque la sentencia los numerales primero, segundo, tercero, cuarto y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda.

V. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, por auto del 10 de mayo de 2017[5], mediante auto de 28 de junio de 2017 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión[6].

VI. ALEGATOS Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

6.1. Parte Demandante[7]: solicita la conformación de la sentencia, por cuanto la decisión adoptada se ajusta en un todo a la normatividad legal aplicable y

[5] Folio 4 Cuaderno de 2ª Instancia
[6] Folio 7 Cuaderno de 2ª Instancia

a la que tiene derecho el demandante, la cual fue desconocida e inaplicada por la entidad demandada al realizar la liquidación de la asignación de retiro que actualmente devenga.

Que los argumentos expuesto por el juzgado de primera instancia, que sirvieron de sustento a la condena impuesta, son claros y se ajustan en un todo a los elementos probatorios recaudados en el trámite del proceso, como a los preceptos legales aplicables, reconociendo así los derechos laborales que le asisten al demandante, que fueron desconocidos por la entidad demandada.

6.2. Parte Demandada: No alegó de conclusión.

6.3. Ministerio Público: El Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

VII. CONSIDERACIONES

7.1 Control de Legalidad

Tramitada la segunda instancia, no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes.

7.2 Competencia

El Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo, por tratarse del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con sentencia de primera instancia la cual fue apelada.

El estudio de la Sala, se contraerá solo y en cuanto respecta al objeto de la apelación.

7.3. Actos administrativos demandados

- Nulidad del acto administrativo número 78444 de 9 de octubre de 2014, en cuanto a la decisión de negar el reajuste de la asignación de retiro, en los términos del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la

[7] Folios 9-13 Cuaderno de 2ª Instancia

misma y el oficio No. 81560 de 22 de octubre de 2014, mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra del oficio anterior, el cual confirmó en todas sus parte lo decidido.

7.4. Problema jurídico.

Atendiendo que en la sentencia se declaró la nulidad de los actos acusados y se ordenó la reliquidación de la asignación de retiro, incluyendo el subsidio familiar, el porcentaje de la prima de antigüedad y el incremento en un 60% del salario, el centro de debate se contrae a determinar,

¿Resulta inconstitucional el régimen previsto para los soldados profesionales que excluye el subsidio de familiar como factor para computar su asignación de retiro?

¿Establecer si está debidamente liquidada la prima de antigüedad conforme lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004?

7.5 Tesis de la Sala

La Sala Confirmará la sentencia de primera instancia, en el sentido de inaplicar el parágrafo del artículo 13 del decreto 4433 de 2004[8], que impide sea computable el subsidio familiar, por cuanto la inclusión del mencionado subsidio 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, por lo que se considera ajustado a derecho la reliquidación de la asignación de retiro del soldado profesional en uso de buen retiro , con una suma equivalente al: 70% del salario mensual dispuesto por el inciso primero del artículo 1° 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.

La anterior tesis se sustenta en los argumentos que se exponen a continuación y para solventar el mérito del sub examine, se hará alusión a los temas alegados en el proceso, a saber: (i) antecedente jurisprudencial y normativo

[8]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 pensiónales.

sobre subsidio familiar y la prima de antigüedad, (ii) naturaleza jurídica del subsidio familiar, (iii) subsidio familiar para soldados profesionales, (ii) caso concreto; (iii) conclusión.

7.6. Antecedente jurisprudencial y normativo

7.6.1 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 particular[9].

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.

En torno a esta prestación, la H. Corte Constitucional se pronunciado a este tenor[10]:

> *"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."*

---

[9]SATIZÁBAL PARRA Camilo, Manual Práctico para el Cobro de Prestaciones Sociales Oficiales, Quinta Edición, Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Pág. 12.
[10]Sentencia C 440 de 25 de mayo 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Exp. D-8330.

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 Ley21 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".[11]

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"[12]*; 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 (...)"*[13]*, 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 (...)"*[14].

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 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

[11] Ley 21 de 1982, art.1°.
[12] Ley 21 de 1982, art.5°.
[13] Ibíd.
[14] Ibíd.

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 dinero[15], 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.

7.6.2. 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 antigüedad[16]

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 1° 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."*

---

[15]Ley 789 de 2002, Artículo 3°, par. 1°.
[16] Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Segunda-Subsección B. Sentencia del 09 de noviembre de 2011, expediente 2006-117.

En desarrollo del precepto legal anterior, 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.

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 al 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 la Fuerzas Militares) a quienes si 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.[17]

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,

[17] Negrillas de la Sala.

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.

7.6.3. Antecedente Jurisprudencial del Subsidio Familiar

En este sentido debe tenerse en cuenta lo que sobre el subsidio familiar, ha considerado la Corte Constitucional[18], quien sostiene que ostenta una triple condición: (i) la de prestación legal de carácter laboral, (ii) la de mecanismo de redistribución del ingreso y (iii) la de función pública desde la óptica de la prestación del servicio, al efecto, estimó:

> *"Del análisis de la legislación vigente sobre la materia, esta Corporación ha destacado como características fundamentales del subsidio familiar las siguientes: (i) Es una prestación social, porque su finalidad no es la de retribuir directamente el trabajo -como sí lo hace el salario-, sino la de subvencionar las cargas económicas del trabajador beneficiario. (ii) Se paga en dinero, servicios y especie ya sea mediante una cuota monetaria, el reconocimiento de géneros distintos al dinero o mediante la utilización de obras y programas sociales que organicen las Cajas de Compensación Familiar, respectivamente. (iii) Se paga a los trabajadores activos y también a los pensionados, salvo en lo relacionado con el subsidio en dinero al cual éstos últimos no tienen derecho por mandato de la ley. (iv) Tiene por objetivo fundamental la protección integral de la familia y puede ser considerado una concretización del mandato contenido en el artículo 42 constitucional, a cuyo tenor "el Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia". (v) Constituye una valiosa herramienta para la consecución de los objetivos de la política social y laboral del Gobierno, pues es un instrumento para alcanzar la universalidad de la seguridad social, de conformidad con lo señalado en el artículo 48 constitucional. (vi) Se provee a partir de los recursos aportados por los empleadores a las cajas de compensación familiar. (vii) Es recaudado, distribuido y pagado por las cajas de compensación familiar que además están en la obligación de organizar y administrar las obras y programas que se establezcan para el pago del subsidio familiar."*

Sobre el subsidio familiar el Consejo de Estado[19], ha señalado:

> *"Siguiendo los precedentes jurisprudenciales sentados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, es evidente que, si bien el legislador sólo previó la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, y excluyó de la aplicación de tal regla a los Soldados Profesionales, en aplicación del principio de igualdad, resulta igualmente procedente reconocerle dicho emolumento a estos últimos, aunque ello signifique la inaplicación del precepto según el cual únicamente*

[18]Sentencia C-629/11 de fecha 24 de agosto de 2011 MP. Humberto Sierra Porto.
[19]CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A, Consejero Ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, 27 de octubre de 2016. Radicación: 25000234200020130014 3-01 (3663-2014)

se puede tener en cuenta tal partida para liquidar la asignación de retiro del personal Oficial y Suboficial."

(...)

"De acuerdo con lo examinado se concluye que con independencia de lo establecido en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 con relación a las partidas susceptibles de ser incluidas en las asignaciones de retiro de los Suboficiales y Oficiales de las Fuerzas Militares, de una parte, y de los Soldados Profesionales, por la otra, en aplicación al principio de igualdad y de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en lo referente a la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de las asignaciones de retiro, tanto del personal oficial y suboficial, como de los soldados profesionales de las Fuerzas Militares, se debe dar igual tratamiento e incluirles a unos y otros, en sus respectivas asignaciones de retiro. Por tanto, en este caso el actor en su condición de soldado profesional tiene derecho a dicho reconocimiento."

7.7. Prima de Antigüedad

La liquidación de la Prima de Antigüedad, como partida computable de la asignación de retiro, se encuentra regulada por el Artículo 16 del decreto 4433 de 2004, que a la letra reza:

"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."

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

En efecto, determinado los factores o componentes que integran la asignación de retiro para los soldados profesional que venía incorporado a las fuerzas militares como soldado voluntario, resulta procedente analizar la forma como debe ser computada la asignación de retiro, desde los parámetros integrales de las normas, que conforman tal prestación social, por ello se considera, que la misma se debe fijar, teniéndose en cuenta el 70%, del valor resultante del salario mensual del inciso 2 del artículo 1° del

Decreto 1794 de 2000 (Salario mínimo + 60%), adicionándose a su vez el 38.5% de la prima de antigüedad.

7.8. Caso concreto.

En el recurso de apelación la parte demandada, los fundamentos del recurso se circunscriben en que los derechos y obligaciones, así como el régimen de carrera, prestacional y disciplinario de los miembros de las fuerzas militares hacen parte de un régimen especial diferente del régimen general, conforme a lo cual, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 de forma expresa contempla los parámetros, condiciones y porcentajes que deben tenerse en cuenta para el reconocimiento de la asignación de retiro, sin contemplar la posibilidad de incluir la partida del subsidio familiar.

En la sentencia recurrida, la A quo ordenó reliquidar la asignación de retiro con la inclusión del subsidio familiar y la prima de antigüedad en los términos del artículo 16 del decreto 4433 de 2004, al igual que el incremento del 60% del salario, de conformidad con lo establecido en el inciso 2° del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000.

7.8.1. Hechos probados

- El demandante le fue reconocida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- Cremil asignación de retiro por haber cumplido un tiempo de servicio de 21 años, 9 meses y 29 días, tal como consta en la Hoja de Servicios (folios 24)

- Que las partidas computables para liquidar su asignación de retiro son sueldo básico y prima de antigüedad soldado profesional (folio 25)

- Que los haberes recibidos por el demandante en la última nómina (junio/11) son: Sueldo básico, subsidio familiar, prima de antigüedad (folio 24)

Descendiendo en el caso cuyo examine nos ocupa, esta Corporación resolverá los problemas jurídicos en el orden en que fueron propuestos.

7.8.2. VIOLACIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD POR NO INCLUIRSE EL SUBSIDIO FAMILIAR COMO FACTOR PARA LIQUIDAR LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS SOLDADOS PROFESIONALES

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 preceptuado[20]:

> "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, 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 señalado[21]:

> *"En este orden de ideas, tenemos que la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad,*

---

[20] Corte Constitucional, Sentencia T-587 de 27 de julio de 2006, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería.
[21] Ibíd.

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.

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 tenida 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 proporcionalidad[22].

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. Juan Carlos González, devengó como haberes en la última nomina los siguientes conceptos[23]:

HABERES NOMINA JUNIO /2011 DÍAS: 30 GRADO: IMP

Descripción	**Porc.**	**Valor**
SUELDO BÁSICO		749.840.oo
SUBSIDIO FAMILIAR[24]	**4.00**	**468.650.oo**

[22] En la sentencia C-916 de 2002, la Corte expreso 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.).

[23] Folio 24

PRIMA DE ANTIGÜEDAD... (...)	58.50	438.656.40
SEGURO DE VIDA SUBSIDIADO	00	10.116.oo
BONIFICACIÓN ORDEN PUBLICO	25.00	187.460.oo
		1.887.206.40

En consecuencia, advertido como está el pago del subsidio familiar del demandante y la acreditación de su calidad de conyugue (fol. 24 reverso) y padre de tres hijos, dos de ellos menores al momento de su asignación de retiro, este Tribunal ordenará en virtud de la excepción de inconstitucionalidad fundamentada en el artículo 4° 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 2004[25], 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 modificará el fallo de primera instancia, en ese sentido.

Se resalta, que en igual sentido se ha pronunciado esta Sala en un caso similar al que nos ocupa, en sentencia de fecha 15 de junio de 2017 con Ponencia del H. Magistrado doctor Edgar Alexi Vásquez Contreras[26], quien consideró que el demandante tiene derecho al subsidio familiar como partida computable en su asignación de retiro en aplicación del principio de igualdad; además que el demandante devengaba subsidio familiar y es por ello que debe ser tenida en cuenta para liquidar su asignación de retiro.

Así las cosas, los argumentos del recurso de apelación, no desvanecen las consideraciones del juez de primera instancia en la sentencia recurrida, por lo que se confirmará lo decidido con relación al subsidio familiar.

Ahora le corresponde a la Sala analizar el segundo de los problemas jurídicos planteados.

7.8.3. CÁLCULO ERRADO AL LIQUIDAR EL VALOR DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO

Cabe resaltar que como bien fue señalado por el demandante y el Juez de instancia, el 70% no se detenta de la sumatoria del salario mensual a definir y la prima de antigüedad, conjuntamente – (salario a definir + 38.5% prima de

---

[24] Negritas y cursiva de la Sala.
[25] 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.
[26] Radicación 13001-33-33-004-2014-00133-01 Angel Maria Salgado Vs CREMIL

antigüedad) (70%)), sino que se predica del primer concepto, resultado último al que se le debe sumar el porcentaje de la prima de antigüedad de manera separada o más bien excluyente -(70% salario a definir)+ (38.5% de la prima de antigüedad).

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Corporación destaca que en las hojas de servicios[27], se anota como se hace la liquidación de la asignación de retiro y se explica que se tuvo en cuenta los factores salariales establecidos en el Art. 16 del Decreto 4433 de 2004, no obstante, a folio 25, la coordinadora de gestión documental de CREMIL, certifica y explica cómo se realiza el cálculo para la liquidación de la asignación de retiro de un soldado profesional que se le reconoce prima de antigüedad; interpretación equivocada, toda vez que doblemente se afectó la prima de antigüedad de la siguiente manera:

Sueldo		$ 862.400.oo
Prima de Antigüedad	38.5%	$ 332.024.oo.
Subtotal		$ 1.194.424.oo
Porcentaje de liquidación	70%	
Total Asignación de retiro		$ 836.097.oo

De lo anterior se demuestra con claridad que le asiste razón al demandante, en el entendido que la fórmula de cálculo atendiendo la norma, debe ser el 70% del sueldo básico, que en este caso, para el año 2011 es de $ 749.840.oo ($524.888.oo), luego entonces; a lo que se le debe sumar el porcentaje correspondiente al 38.5% de la prima de antigüedad, sin aplicarle ningún porcentaje adicional. Así:

Año	Sueldo Básico Con el 70%	Prima de Antigüedad con el 38.50%	Asignación de retiro liquidada
2011	$ 524.888.oo	$ 288.688.4[28]	$ 813.576,4

[27] Folio 24
[28] Sueldo Básico x 38.5% =749.840 x 38.5% = $ 288.688.4

Con lo anterior se observa que el acto acusado viola la normatividad en la que se basa, debiéndose hacer el reajuste solicitado, por ende, se confirmara la decisión de primera instancia en este cargo.

7.9 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, por lo que se considera ajustado a derecho la reliquidación de la asignación de retiro del soldado profesional en uso de buen retiro , con una suma equivalente al: 70% del salario mensual dispuesto por el inciso primero del artículo 1° 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.

En consecuencia, esta Corporación considera que los argumentos expuestos por la parte demandada en el recurso de alzada, no prosperan, por lo tanto, la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena se confirmará.

VIII. COSTAS

Si bien el artículo 188 del CPACA, establece que quien pierda un proceso debe ser condenado en costas, salvo que se ventile un interés público y su liquidación y ejecución se rige por el Código de Procedimiento Civil hoy Código General del Proceso, esta última normatividad en el artículo 365, establece que podrá abstenerse de condenar en costas, pero en todo caso se debe justificar porque, por lo tanto, no se condena en costas, porque hubo apelación parcial y no hay lugar a las mismas.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de 11 de octubre de 2016, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, según lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

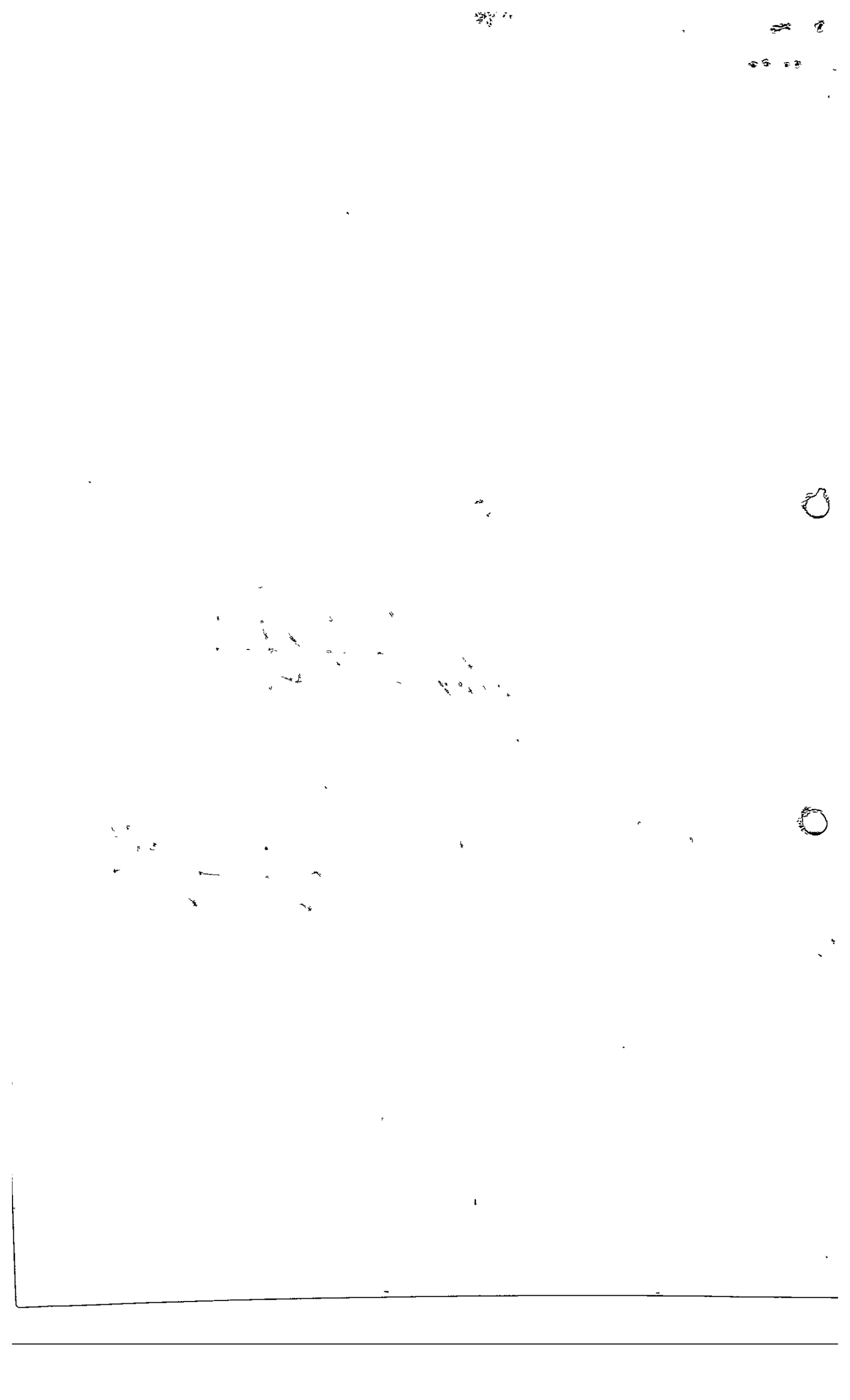
SEGUNDO: No CONDENAR en costas a la parte recurrente, esto es, la demandada, CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala en sesión ordinaria de la fecha, tal como consta en el Acta de Sala No. 045

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado Ponente

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS
Magistrado

LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Magistrado