

Cartagena de Indias D.T. y C., veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020)

## I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-003-2018-00073-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>ENOR ANTONIO NISPERUZA DE LA CRUZ</b>
<b>Demandado</b>	<b>CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL</b>
<b>Tema</b>	<i>Improcedencia del incremento de la partida de subsidio familiar en la asignación de retiro, sobre porcentajes distintos a los establecidos en el art. 1 del Decreto 1162 de 2014- Aplicación del precedente jurisprudencia CE-SUJ2-015-19, proferida por el Consejo de Estado de fecha 25 de abril de 2019.</i>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>

## II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 002<sup>1</sup> del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 19 de marzo de 2019 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual resolvió conceder las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponda.

## III.- ANTECEDENTES

### 3.1. LA DEMANDA<sup>2</sup>

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor ENOR ANTONIO NISPERUZA DE LA CRUZ, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

<sup>1</sup> En aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales

<sup>2</sup> Folio 2-20 cdno 1

### **3.1.1. Pretensiones<sup>3</sup>.**

En ejercicio de la presente acción, el demandante en resumen elevó las siguientes pretensiones:

1. Se declare la nulidad del acto administrativo N° 2017-53548 del 05 de septiembre de 2017, en virtud del cual CREMIL negó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante.
2. A título de restablecimiento del derecho se ordene a la demandada, a reajustar el porcentaje de la partida de subsidio familiar que se le está computando en la asignación de retiro del demandante así: del 18,75% al 62,5% de la asignación básica; el cual tenía reconocido al momento del retiro del servicio activo.
3. Se ordene el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre el reajuste solicitado y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro hasta la fecha que se reconoció el derecho precitado.
4. Ordenar a la demandada el pago de los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en los artículos 192 y 195 CPACA.
5. Ordenar a la demandada pagar gastos y costas procesales, así como las agencias en derecho.
6. Que se condene en costas a la entidad demandada"

### **3.1.2. Hechos<sup>4</sup>.**

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

Señala el demandante que, prestó sus servicios al Ejército Nacional durante 20 años, a su vez agregó que de conformidad a lo establecido en el artículo 11° del Decreto 1794 mediante orden administrativa de personal, el comando del

---

<sup>3</sup> Fols. 2 Cdno 1.

<sup>4</sup> Fols. 3 Cdno 1

**13-001-33-33-003-2018-00073-01**

Ejército Nacional le reconoció y pagó una partida de subsidio familiar, que al momento del retiro correspondía al 62,5% de la asignación básica.

Manifestó que previo cumplimiento de los requisitos exigidos en la Ley 923 y del Decreto 4433 de 2004, la entidad demandada le reconoció asignación de retiro mediante Resolución N°2256 del 27 de marzo de 2017.

Indica que en condición de soldado voluntario su vinculación a la Armada Nacional estuvo regida por los parámetros establecidos en la Ley 131 de 1985.

Afirma que, de conformidad a lo establecido en el artículo 1 del Decreto 1162 de 2014, se le viene computando la partida de subsidio familiar, en un porcentaje del 18,75% de la asignación básica, correspondiendo a un 30%, de lo que tenía reconocido al momento del retiro que era el 62,5% de la asignación básica. Aludiendo que el Legislador dejó establecido en el artículo 13.1.7 del Decreto 4433 de 2004, que el subsidio familiar sería computado en la liquidación de las asignaciones de retiro en el porcentaje que se tenía reconocido al momento del retiro.

Finalmente, expone que presentó derecho de petición ante la entidad accionada, solicitando el incremento del porcentaje de la partida del subsidio familiar que le venían computando en la liquidación de la asignación de retiro; es decir, pasar del 18,75% al 62,5% de la asignación, siendo este último el porcentaje que tenía reconocido al momento de su retiro, siendo resuelta su solicitud de manera desfavorable.

### **3.1.3 Normas violadas y concepto de violación:**

Como normas violadas, la parte actora enuncia las siguientes:

- Constitución Política, art. 1, 4, 13, 42 y 53.
- Ley 923 de 2004: Artículo 2 y 2.7
- Decreto 4433 de 2004: Artículos 2, 5 y 13.1.7

Señala que el tema prestacional de la partida de subsidio familiar fue objeto de desarrollo legislativo por parte del Ejecutivo, el cual en virtud de las normas generales señaladas en la Ley 923 de 2004, expidió el Decreto 1162 de 2014, mediante el cual consagró el subsidio familiar como partida computable al momento de liquidar una asignación de retiro o pensión de invalidez a los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares.

**13-001-33-33-003-2018-00073-01**

En ese mismo sentido, agregó que la aplicación de la legislación enunciada, generó un detrimento en discriminación a aquellos soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares, que en actividad devengaban el subsidio familiar de conformidad a lo establecido en el artículo 11 del Decreto 1794 del 2000, toda vez que desde la expedición de dicho decreto únicamente se les reconocerá como partida computable de subsidio familiar, en un porcentaje del 30% del valor que venía reconocido en actividad.

Además, manifestó que debe ser aplicado el principio de favorabilidad en materia laboral el cual se encuentra contemplado en el artículo 21 de Código Sustantivo del trabajo y el artículo 53 de la Constitución Política.

Afirma, que de la aplicación en los Decretos reglamentarios 4433 de 2004 y 1162 de 2014, en lo que hace relación al porcentaje que debe ser computado de la partida de subsidio familiar se evidencia un tratamiento desigual, dado por el Ejecutivo a los oficiales y suboficiales en aplicación del artículo 13 del Decreto 4433 y el que se les está aplicando a los soldados profesionales de conformidad con lo establecido en el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014.

Finalmente expresa que, ante la negativa de la entidad accionada de computar la partida del subsidio familiar en el porcentaje de 62,5% de la asignación básica que tenía al momento del retiro del servicio activo, no puede escudarse en lo contemplado en el artículo 1 del Decreto 1162 que reglamenta la Ley 923 de 2004, cuando su aplicación es contradictoria por los preceptos constitucionales.

## **3.2. CONTESTACIÓN.**

### **3.2.1. CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL<sup>5</sup>:**

La demandada se opone a la totalidad de los hechos y las pretensiones.

- **Excepciones:**

Como excepción propuso la demandada la siguiente:

---

<sup>5</sup> Fols. 42-44 Cdno 1.

### **Legalidad de las actuaciones efectuadas por CREMIL:**

Manifiesta que la entidad es la encargada de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensión de beneficiarios que acreditan tal derecho, encontrándose vigente el Decreto Ley 1211 de 1990, Decreto Ley 1790 de 2000 y Decreto 4433 de 2004, normas que regulan la carrera de oficiales y suboficiales.

### **Existencia del reconocimiento e inclusión del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro:**

Indicó que mediante Resolución 2256 del 27 de marzo de 2007 le reconoció el subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro, de conformidad como lo señala el Decreto 1161 de 2014, la cual reguló el reconocimiento del subsidio familiar de los soldados profesionales e infantes de marina.

### **No configuración a la violación del derecho a la igualdad:**

Manifiesta que, el principio de igualdad se predica entre iguales, por lo que en el presente caso no se vulnera el mismo, por cuanto fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, a través del Decreto 4433 de 2004.

### **Razones de la Defensa**

La entidad demandada contestó la demanda, aceptando como ciertos los hechos relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro, la petición y la conclusión del procedimiento administrativo; pero se opuso a las pretensiones, indicando que al señor ENOR ANTONIO NISPERUZA DE LA CRUZ se le reconoció su asignación de retiro, de conformidad con las disposiciones legales vigentes al momento de los hechos, esto es el Decreto 4433 de 2004, y de acuerdo a lo dispuesto en la hoja de servicios del actor, conforme con lo dispuesto en los artículos 234 y 235 del Decreto Ley 1211 de 1990.

### **3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>6</sup>**

Por medio de providencia del 19 de marzo de 2019, la Juez Tercero Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, accediendo a las pretensiones de la demanda.

---

<sup>6</sup> Fols. 92-99 Cdnó 1.

**13-001-33-33-003-2018-00073-01**

Indicó que, incurrió la entidad demandada en una vulneración del derecho a la igualdad al no incluir como partida computable de la asignación de retiro el subsidio familiar en el mismo porcentaje que es reconocido a otros servidores de las fuerzas militares al momento del retiro del servicio activo, desde el punto de vista de la finalidad del subsidio familiar. Razón por la cual, resulta inaplicable por inconstitucional, frente a lo normado en el artículo 4 de la Constitución, lo dispuesto en el citado artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y el artículo 1° del Decreto 1162 de 2014.

Adujo que, el demandante en servicio activo percibía como subsidio familiar el equivalente a un 62.5% del sueldo básico, no obstante, al reconocerle la asignación de retiro se tuvo en cuenta como partida computable para liquidarla el 30% del subsidio familiar, lo que a su juicio resulta violatorio al establecer el art. 1 del Decreto 4433 de 2004 y el art. 10 del Decreto 1162 de 2014 un porcentaje diferente para incluir el subsidio familiar en la asignación de retiro de los soldados profesionales con respecto a oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

Finalmente, ordenó la nulidad del acto demandado y el reajuste de la asignación de retiro del actor incrementando la partida de subsidio familiar en un 62.5% del sueldo básico.

### **3.4. RECURSO DE APELACIÓN<sup>7</sup>:**

La parte demandada por medio de escrito del 26 de marzo de 2019, solicita se revoque parcialmente el fallo apelado, debido a que, 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; en consecuencia, tales actuaciones no se enmarcan dentro de ninguna de las causales de nulidad y por ende no se encuentran viciadas de falsa motivación.

Manifiesta que para efectos de reconocimiento de la asignación de retiro el legislador de conformidad con el Decreto 1162 de 2014 estipula el porcentaje sobre el subsidio familiar el cual es un 30% como partida computable para el reconocimiento de la asignación de retiro, por lo que afirma haberse regido por las normas que rigen dicha partida, sin lograr la parte demandante desvirtuar la presunción de legalidad.

---

<sup>7</sup> Fols. 106-109 Cdno 1.

**13-001-33-33-003-2018-00073-01**

Concluye que de los planteamientos expuestos se colige que la Entidad actuó conforme a derecho y los actos administrativos proferidos gozan de presunción de legalidad.

### **3.5. ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 13 de junio de 2019<sup>8</sup>, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 27 de agosto de 2019<sup>9</sup>; y, se corrió traslado para alegar de conclusión el 17 de octubre de 2019<sup>10</sup>.

### **3.6. ALEGATOS DE CONCLUSION**

**3.6.1. Parte demandante:** No presentó escrito de alegatos.

**3.6.2. Parte demandada**<sup>11</sup>: Presentó escrito de alegatos el 21 de octubre de 2019, reafirmando los argumentos del recurso de alzada.

**3.6.3. Ministerio Público**<sup>12</sup>: Rindió concepto pidiendo que se revoque la sentencia de primera instancia.

## **IV.- CONTROL DE LEGALIDAD**

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

## **V.- CONSIDERACIONES**

### **5.1. Competencia.**

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

---

<sup>8</sup> Fol. 2 Cdno 2

<sup>9</sup> Fol. 4 Cdno 2

<sup>10</sup> Fol. 9 Cdno 2.

<sup>11</sup> Fols. 13-15 .cdno 2

<sup>12</sup> Fols. 16-20 cdno 2

**13-001-33-33-003-2018-00073-01**

De igual forma es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

## **5.2. Problema jurídico**

Atendiendo que en la sentencia se declaró la nulidad del acto administrativo acusado y se ordenó el reajuste de la asignación de retiro del demandante en lo que respecta a la partida computable del subsidio familiar con un 62.5% del sueldo básico.

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que se debe determinar si:

*¿Se encuentra vulnerado el derecho a la igualdad del actor, al no reconocerle el subsidio familiar en su asignación de retiro en el porcentaje que disfrutaba en servicio activo, o si por el contrario la entidad demandada liquidó dicha partida conforme lo establece el Decreto 4433 de 2004 y 1162 de 2014?*

## **5.3. Tesis de la Sala**

Esta Sala resolverá revocar la sentencia de primera instancia, porque no es de recibo, que a un soldado profesional se le reconozca el porcentaje igual que por este concepto reciben los suboficiales y oficiales de las fuerzas militares, en virtud al principio de taxatividad de las partidas que sirven de base para el reconocimiento de la asignación de retiro, las cuales están dentro de la órbita de la libertad configurativa del legislador y por ello no constituye un trato discriminatorio que deba ser objeto de protección por violación al derecho a la igualdad, ya que este derecho se protege entre iguales y en este caso, no hay la condición de igualdad entre soldados, oficiales y suboficiales, como lo ha dicho la jurisprudencia, cada uno de ellos cumple un papel diferente.

En consecuencia, el acto administrativo demandado no se declarará nulo porque el mismo se ajustó a lo dispuesto en los Decretos 4433 de 2004 y 1162 de 2014.



#### 5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La Sala aplicará la sentencia de Unificación jurisprudencial **CE-SUJ2-015-19, proferida por el Consejo de Estado de fecha 25 de abril de 2019<sup>13</sup>**, Sección Segunda, Subsección A, en la que se fijaron reglas jurisprudenciales sobre los siguientes temas: i.- El reajuste del 40% al 60% de la asignación de retiro de los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales. Asignación salarial que debe tenerse en cuenta para liquidar la asignación de retiro; ii.- Legitimación de CREMIL para decidir sobre el reajuste de la asignación de retiro; iii.- La interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, sobre la forma de computar la prima de antigüedad en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales; iv.- Las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, v.- Porcentaje de liquidación de la asignación de retiro de soldados profesionales, vi) Aplicación de los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015.

Las reglas son las siguientes:

1. Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30% para quienes al momento de su retiro estén devengando el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida. **Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación**, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.
2. A fin de establecer la asignación mensual como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro según lo dispuesto por el artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, deberá atenderse el artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, en su integridad, teniendo en cuenta el salario que le corresponde a los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales, por lo cual:

Para analizar este tema, es necesario recordar que la asignación salarial mensual de los soldados voluntarios incorporados como profesionales fue

<sup>13</sup> Radicado interno: 1701-16.



**13-001-33-33-003-2018-00073-01**

objeto de estudio por el Consejo de Estado en la **sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016**<sup>14</sup>. Allí se definió la controversia suscitada frente a los soldados voluntarios que pasaron a ser profesionales, en el sentido de precisar que, de conformidad con el inciso 2.º del artículo 1.º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

En esta sentencia se recalcó sobre el subsidio familiar que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004<sup>15</sup>, se modificó para incluir el subsidio familiar a liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales, de manera que, a partir de la entrada en vigor de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, las partidas computables son las siguientes:

- Salario mensual: en los términos del artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, esto es,
- Prima de antigüedad: en porcentaje del 38.5%, según lo previsto por el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.
- Subsidio familiar en porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009<sup>16</sup>, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida<sup>17</sup>.

Si bien, con ocasión del Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, fue tan solo hasta la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 que tal partida se consagró como computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues con anterioridad a dicha fecha no existía disposición legal que así la contemplara. No hay un trato discriminatorio con respecto a quienes logren la asignación de retiro con antelación en virtud de los principios de progresividad de los derechos y libertad de configuración del legislador.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, radicación: 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15) CE-SUJ2-003-16, actor: Benicio Antonio Cruz, demandado: Ministerio de Defensa - Fuerzas Militares de Colombia - Ejército Nacional.

<sup>15</sup> Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

<sup>16</sup> Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

<sup>17</sup> Artículo 5 del Decreto 1161 de 2014.



## 5.5. CASO CONCRETO

### 5.5.1. Hechos relevantes probados:

Del expediente administrativo laboral allegado con la contestación de la demanda y de las demás pruebas allegadas al proceso, se tienen como hechos probados los siguientes:

- El Infante de Marina Profesional <sup>(Ra)</sup> ENOR ANTONIO NISPERUZA DE LA CRUZ, contó con un tiempo de servicio de 20 años, 8 meses y 11 días, vinculado la Armada Nacional (fol. 28).
- Mediante Resolución No. 2256 del 27 de marzo de 2017, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció y pago al señor ENOR ANTONIO NISPERUZA, la asignación de retiro a la que tenía derecho, consistente en el 70% del sueldo que devengaba en servicio activo, adicionado con un 38.5% de prima de antigüedad y con el 30% del subsidio familiar (Folio. 29 - 30).
- Conforme con la hoja de servicios No. 4-11063771, el actor devengó en su última nomina diciembre-2016 los siguientes haberes: sueldo básico, subsidio familiar, prima de antigüedad soldado profesional, bonificación de dragoneante, prima de comando y bonificación de orden público soldado PF (fol. 28 y 46 - reverso).
- Por medio de petición del 25 de agosto de 2017, el actor solicitó a CREMIL el reajuste de la partida de subsidio familiar en su asignación de retiro, incrementándola de un 18.5% al 62.5% (fol. 21-22 ).
- Acto administrativo No. 2017-53548 con fecha de 05 de septiembre de 2017 emitido por CREMIL por medio del cual se da respuesta de Derecho de petición. (fol. 24 y reverso).
- Certificado expedido por CREMIL, en el que figura las partidas y porcentajes en que fue liquidada la asignación de retiro del señor Enor Nisperuza (fol. 27 y doc. 28 expediente administrativo).

### **5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial expuesto.**

En el sub-examine el acto enjuiciado es el Oficio No. 2017-53548 del 05 de septiembre de 2017, en virtud del cual la entidad demandada negó el reajuste de la partida de subsidio familiar en la asignación de retiro del demandante.

Se encuentra probado que, el señor Enor Antonio Nisperuza De la Cruz prestó sus servicios como Infante de Marina Profesional <sup>(Ra)</sup> vinculado a la Armada Nacional, contando con un tiempo de servicio de 20 años, 8 meses y 11 días<sup>18</sup>.

Al haber cumplido los requisitos para ello le fue reconocida la asignación de retiro mediante Resolución No. 2256 del 27 de marzo de 2017 por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, consistente en el 70% del sueldo que devengaba en servicio activo, adicionado con un 38.5% de prima de antigüedad y con el 30% del subsidio familiar conforme lo establece el Decreto 1162 del 2014<sup>19</sup>.

Inconforme con ello, solicitó a la entidad demandada mediante petición radicada el 25 de agosto de 2017, el reajuste de la partida de subsidio familiar en su asignación de retiro incrementando la misma en un 62.5%, debido a que se le viene reconociendo en un 30%, lo que equivale a un 18.5% de su asignación básica, lo cual contradice a su juicio lo establecido en el numeral 13.1.7 del Decreto 4433 de 2004, que indica que se liquidará en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro<sup>20</sup>.

La anterior solicitud fue resuelta de manera desfavorable por la entidad demandada mediante el oficio No. 2017-53548 con fecha de 05 de septiembre de 2017, argumentando que el subsidio familiar fue reconocido tal y como lo señala el art. 1 del Decreto 1162 del 2014, por lo que no podía acceder a su petición, teniendo en cuenta que el régimen de las fuerzas militares para los soldados e infantes de marina no ha sido modificado ni derogado.

Respecto a los argumentos del recurso de alzada, esta Sala acoge el precedente jurisprudencial contenido en la Sentencia de Unificación **CE-SUJ2-015-19, proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado de fecha 25 de abril de 2019** en cuanto a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro, el cual establece que “Los

<sup>18</sup> Fols. 28 cdno 1

<sup>19</sup> Folio. 29 - 30

<sup>20</sup> Fol. 21- 22 cdno 1

**13-001-33-33-003-2018-00073-01**

*soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida".*

Tal y como quedó establecido en la jurisprudencia traída a colación, con ocasión del Decreto 1794 de 2000, los soldados e infantes de marina profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, fue tan solo hasta la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 que tal partida se consagró como computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues con anterioridad a dicha fecha no existía disposición legal que así la contemplara.

En ese sentido, se encuentra probado que conforme con la hoja de servicios No. 4-11063771, el actor devengó en su última nomina diciembre-2016 los siguientes haberes: sueldo básico, subsidio familiar, prima de antigüedad soldado profesional, bonificación de dragoneante, prima de comando y bonificación de orden público soldado PF<sup>21</sup>. El porcentaje devengado por subsidio familiar en su última nomina fue del 4%.

En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta que el demandante causó su derecho a la asignación de retiro a partir del 12 de enero de 2017, esto es posterior a julio de 2014 como lo establece la SU, que al momento del reconocimiento venía devengando dicha partida regulada por el Decreto 1974 de 2000, y que la misma fue reconocida en la Resolución 2256 del 27 de marzo de 2017, no habría lugar a ordenar su reconocimiento en el porcentaje reclamado del 62.5%.

En igual sentido, no concuerda esta Sala con los argumentos expuestos por el A-quo, teniendo en cuenta que no hay un trato discriminatorio con respecto a quienes logren la asignación de retiro con antelación en virtud de los principios de progresividad de los derechos y libertad de configuración del legislador, como en el caso del actor, la norma no establece que deba reconocerse conforme al porcentaje de la última nomina disfrutada, lo que el Decreto 1162 de 2014- previo fue que la partida de subsidio familiar sería reconocida en el porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud de los

---

<sup>21</sup> fol. 28 y 46 - reverso

**13-001-33-33-003-2018-00073-01**

Decretos 1794 de 2000<sup>22</sup> y 3770 de 2009<sup>23</sup> como es el caso del actor que devengaba el 4% al momento de su retiro.

Cabe recordar a la parte demandante, que el derecho al reconocimiento del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro se dio con la expedición del Decreto 1162 de 2014, por lo que a partir de esa fecha es que Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares cuentan con ese beneficio dentro de su asignación, la misma determinó los porcentajes a reconocer, tal y como se dejó claro en párrafos anteriores.

En ese sentido, se revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar se denegarán las pretensiones de la demanda, debido a que, no es procedente el reajuste del subsidio familiar del actor en el porcentaje solicitado, por ir en contra de lo que establece la norma, por lo que, el acto demandado conserva su validez y no habría lugar al pago de diferencias generadas por este concepto.

#### **5.6. De la condena en costa**

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad que rigen este tipo de condenas, la Sala no podría imponerla en el caso concreto, porque la decisión se fundamentó en el cambio de

---

<sup>22</sup> ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

<sup>23</sup> ARTÍCULO 1°. Derógase el artículo 11 del decreto 1794 de 2000,

PARÁGRAFO PRIMERO. Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Aclárase que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual.



**13-001-33-33-003-2018-00073-01**

precedente jurisprudencial del Tribunal de Cierre de lo Contencioso Administrativo dentro del trámite de la presente acción en segunda instancia, lo cual no era previsible para ninguna de las partes de la controversia, y teniendo en cuenta que el recurso le fue resuelto favorable a la parte apelante.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **VI.- FALLA**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de primera instancia, por las razones aquí expuestas.

**SEGUNDO:** En su lugar, **DENIEGUESE** las pretensiones de la demanda, por las razones aquí expuestas.

**TERCERO: ABSTENERSE DE CONDENAR EN COSTAS** a la parte apelante, conforme a las consideraciones expuestas en esta providencia.

**CUARTO: DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 045 de la fecha.*

#### **LOS MAGISTRADOS**

**MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**  
**SENTENCIA No.108/2020**  
**SALA DE DECISIÓN No. 002**

**SIGCMA**

13-001-33-33-003-2018-00073-01

  
EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

  
DIGNA MARIA GUERRA PICÓN