

**FUERZAS MILITARES – Subsidio familiar / SUBSIDIO FAMILIAR – Beneficiarios / SUBSIDIO FAMILIAR DE LAS FUERZAS MILITARES – Auxilio generado a favor de oficiales y suboficiales en servicio activo**

Es importante señalar que según lo previsto en la Ley 21 de 1982 el subsidio familiar, es una prestación o partida concebida con la finalidad de apoyar a la cabeza del núcleo familiar, trabajador de menor o mediano ingreso, en el sostenimiento de las personas a su cargo entre las que se encuentran el cónyuge o compañera (o) e hijos menores de 18 años o si están estudiando, menores de 23. En el caso de los miembros de las Fuerzas Militares, el Subsidio Familiar viene siendo regulado de tiempo atrás por el Legislador como un auxilio generado a favor de los Oficiales y Suboficiales en servicio activo, casados o viudos con hijos, en donde se les asigna, por cada uno de estos miembros familiares, un determinado porcentaje sobre su asignación básica.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 1211 DE 1990 – ARTICULO 79 / LEY 21 DE 1982

**CAPITAN DE NAVIO – Escalafón complementario / ESCALAFON COMPLEMENTARIO – Grado superior / SUBSIDIO FAMILIAR – Beneficia a los sectores menos favorecidos salarialmente / SUBSIDIO FAMILIAR DE LAS FUERZAS MILITARES – No beneficia a las personas que perciben salarios altos**

En esas condiciones, la situación de ciertos Oficiales de las Fuerzas Militares (General, Mayor General, Brigadier General, Coronel y Capitán de Navío), varía a partir de la entrada en vigencia de las normas constitucionales y legales citadas, en donde se prevé un nuevo régimen salarial y de prestaciones sociales que modifica la situación de este personal. En otras palabras, la asignación mensual de los Capitanes de Navío se constituye: i) por el sueldo básico y (ii) por las primas mensuales. Conforme a lo precedente, se tiene 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.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCO**

Bogotá, D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil trece (2013)

**Radicación número: 13001-23-31-000-2005-02586-01(2705-12)**

**Actor: OSWALDO ESCOBAR CHAMORRO.**

**Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 25 de marzo de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

#### **ANTECEDENTES**

**OSWALDO ESCOBAR CHAMORRO**, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo y por conducto de apoderado, demandó del Tribunal Administrativo de Bolívar la nulidad del acto ficto o presunto que niega el reconocimiento y pago del subsidio familiar, respecto de la petición elevada el 21 de octubre de 2005.

Como pretensión subsidiaria impetró la nulidad del acto administrativo que niega el reconocimiento y pago del subsidio familiar, en caso de allegarse la notificación del mismo, con posterioridad a la presentación de la demanda.

A título de restablecimiento del derecho solicita se ordene a la entidad demandada el pago del subsidio familiar indexado junto con los intereses moratorios a partir del 4 de marzo de 1999 hasta el 22 de marzo de 2003, inclusive, fecha en la que se retiró del servicio activo de la institución.

Como hechos en que sustenta sus pretensiones, señala:

**OSWALDO ENRIQUE ESCOBAR CHAMORRO**, fue oficial de la Armada Nacional, desde el 5 de junio de 1979 hasta el 22 de marzo de 2003, fecha en que fue retirado del servicio activo por solicitud propia.

Manifiesta haber contraído matrimonio con la señora Vilma del C. Olaya Salgado, de cuya relación nacieron 6 hijos, de los cuales 3 clasifican para ser incluidos en el

subsidio familiar, por ser estudiantes y menores de 25 años. Además, tiene otra hija más pequeña, cuyo nacimiento acaeció el 14 de diciembre de 1991.

De conformidad con el artículo 79 del Decreto 1211 de 1990, el anterior hecho genera el reconocimiento del subsidio familiar, correspondiente al 13%, como se plasma en la Resolución No. 0420 de 2003.

Por Decreto 406 de 5 de marzo de 1999 ingresó al escalafón complementario de oficiales en el grado inmediatamente superior, es decir a Capitán de Navío y hasta esa fecha percibió el subsidio familiar, por cuanto le fue suspendido su pago que correspondía al 47% de su asignación básica, a la fecha de su retiro del servicio activo.

Mediante solicitud elevada en ejercicio del derecho de petición, presentada el 10 de octubre de 2005, solicitó al Ministerio de Defensa el reconocimiento y pago del subsidio familiar, quien la remitió por competencia a la Dirección de Prestaciones Sociales de la Armada Nacional, quien a su vez la envió a la Dirección de Personal de dicha Institución, sin que hasta el momento de presentación de la demanda, haya dado respuesta alguna.

#### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

- Constitución Política: Preámbulo, artículos 2º, 13, 23, 42 y 58.
- Ley 4ª de 1992: artículos 1º, 2º y 4º.
- Decreto 107 de 1996, 122 de 1997, 058 de 1998, artículos 1º y 3º del 062 de 1999, 2724 de 2000, 1463 de 2001, 745 de 2002, artículos 73, 79 y 158 del Decreto 1211 de 1990.

Con la expedición de los actos demandados considera que se vulneraron sus derechos constitucionales, así como su derecho adquirido al no cancelarse el subsidio familiar durante el período en que se desempeñó en el escalafón complementario en la Armada Nacional.

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El Ministerio de Defensa - Armada Nacional a través de apoderado, indicó que deben negarse las súplicas de la demanda porque la Armada Nacional dejó de

cancelar el subsidio familiar al actor a partir del 5 de marzo de 1999, por cuanto fue ascendido al grado de Capitán de Navío.

El Decreto 107 de 1996 modificó el ordenamiento en cuanto se refiere a este concepto porque estableció un sueldo integral para los Coroneles y Capitanes de Navío para mejorar sus ingresos y tácitamente no incluyó el subsidio familiar, pero recupera su vigencia cuando el Oficial pasa a situación de retiro, dado que es computable en los términos del artículo 158 del Decreto 1211 de 1990, modificado por el Decreto Ley 2070 de 2003.

Propone las excepciones de caducidad de la acción, por cuanto el acto no fue demandado dentro de los 4 meses siguientes al retiro y prescripción, porque han pasado más de 2 años desde que se hicieron exigibles.

### **LA SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo de Bolívar, declaró no probada la excepción de caducidad, se inhibió para pronunciarse respecto a la nulidad del acto ficto y negó las pretensiones de la demanda respecto al reconocimiento del subsidio familiar.

Con relación a la prescripción, señaló que era necesario primero revisar si le asistía algún derecho al actor, para así señalar si esta operaba.

Consideró que con la expedición de la Ley 4ª de 1992, el Legislador señaló que el régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública sería el fijado por el Gobierno Nacional, quedando bajo su potestad establecer la remuneración y los factores salariales a tener en cuenta.

De lo anterior concluyó, con apoyo en la jurisprudencia de la Corporación que cita, que no es posible el reconocimiento y pago del subsidio familiar pretendido, debido a que estas prestaciones no fueron contempladas a favor de los Capitanes de Navío y además se desnaturalizaría la finalidad con que fue creado dicho concepto.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la parte actora indicó que las normas citadas por el Tribunal no

contienen notas de vigencia derogatorias del Decreto 1211 de 1990, de suerte que el régimen especial que pretende endilgarse a los altos funcionarios oficiales no puede valorarse inferiormente al de los otros funcionarios por el solo hecho de ajustarse a nuevas condiciones normativas que no le son aplicables enteramente y que de forma clara desmejoran cuantitativamente el régimen prestacional asignado, en virtud del Decreto 1211 de 1990 y la Ley 4ª de 1992.

### CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado, solicita mantener la decisión del Tribunal de Origen, por cuanto no le asiste al actor el derecho que alega, en razón a que su cargo dentro de las Fuerzas Militares lo excluye de la prestación del subsidio familiar.

Para resolver, se

### CONSIDERA

El problema jurídico que suscita la controversia, consiste en establecer si se debe aplicar al actor el artículo 79 del Decreto 1211 de 1990, que contemplan el reconocimiento **del subsidio familiar**, para el momento en que ascendió al Grado de Capitán de Navío.

Lo anterior, teniendo en cuenta que según se indica en la demanda, el actor disfrutó el anterior reconocimiento desde el año 1979 hasta el 5 de marzo de 1999, fecha en que fue ascendido al **Grado de Capitán de Navío, y desde allí se le suspendió este pago** hasta el **22 de marzo de 2003**, cuando acaeció su baja efectiva de la Institución, por cuanto fue retirado de la actividad por solicitud propia mediante Resolución No. 1185 de 29 de noviembre de 2002.

Es importante señalar que según lo previsto en la Ley 21 de 1982 el subsidio familiar, es una prestación o partida concebida con la finalidad de apoyar a la cabeza del núcleo familiar, trabajador de menor o mediano ingreso, en el sostenimiento de las personas a su cargo entre las que se encuentran el cónyuge o compañera (o) e hijos menores de 18 años o si están estudiando, menores de 23.

En el caso de los miembros de las Fuerzas Militares, el Subsidio Familiar viene

siendo regulado de tiempo atrás por el Legislador como un auxilio generado a favor de los Oficiales y Suboficiales en servicio activo, casados o viudos con hijos, en donde se les asigna, por cada uno de estos miembros familiares, un determinado porcentaje sobre su asignación básica.

El Decreto 1211 de junio 8 de 1990, por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, en su artículo 79, dispone, respecto al subsidio familiar, lo siguiente:

**“Art. 79. SUBSIDIO FAMILIAR.** A partir de la vigencia del presente Decreto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre su sueldo básico, así:

a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo.

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

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

PARÁGRAFO 1. El límite establecido en el literal c. de este artículo no afectará a los Oficiales y Suboficiales que por razón de hijos nacidos con anterioridad al 31 de octubre de 1969, estuviesen disfrutando o tuviesen derecho a disfrutar, de porcentajes superiores al diecisiete por ciento (17%), ya que en esa fecha tales porcentajes fueron congelados sin modificación.

PARÁGRAFO 2. La solicitud de reconocimiento o aumento del subsidio familiar, deber hacerse dentro de los noventa (90) días siguientes al hecho que la motive; las que se eleven con posterioridad al plazo antes fijado, tendrán efectos fiscales a partir de la fecha de su presentación.”.

Como puede concluirse de la norma en cita, el reconocimiento y pago **del subsidio familiar**, no se hallaba supeditado a que los miembros de las fuerzas militares estuviesen clasificados o escalafonados en un grado determinado, simplemente el Legislador no hizo distinción alguna, como tampoco establece un límite en el quantum salarial - sueldo básico - para proceder a su liquidación mensual.

De ahí que el demandante en su condición de servidor de la Armada Nacional gozó del mentado **subsidio familiar** hasta el momento en que ascendió en el escalafón complementario al Grado de **Capitán de Navío**, esto es hasta **el 5 de marzo de 1999**.

El artículo 150 numeral 19 literal e) de la C.P estableció que el **régimen salarial y de prestaciones sociales** de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública sería fijado por el Gobierno Nacional con sujeción a los objetivos y criterios señalados en la Ley Marco.

En desarrollo de tal disposición, el Congreso de la República expide la Ley 4ª de 1992 y con fundamento en esta norma el Gobierno Nacional ha venido dictando anualmente los decretos de fijación **salarial** de los miembros de la **Fuerza Pública**.

Según se puede evidenciar de la Resolución No. 420 de 20 de febrero de 2003, el actor fue inscrito en el escalafón complementario<sup>1</sup> en el grado inmediatamente superior, que corresponde al de Capitán de Navío, por tanto es claro que su situación laboral la cobijaban los Decretos expedidos al amparo de la Ley 4ª de 1992.

En 1996, se profiere el Decreto 107 de enero 15, por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y se dictan otras disposiciones en materia salarial, en su artículo 3º, se indica:

“(…)Los oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en los grados de Coronel y capitán de Navío, tendrán derecho a las asignaciones básicas señaladas en el artículo 1º. del presente decreto, y a primas mensuales equivalentes al treinta y tres por ciento (33%) de lo que en todo tiempo devenguen los Ministros del Despacho como asignación básica y gastos de representación.” (se resalta).

Y así sucesivamente, con fundamento en la citada Ley 4ª de 1992, se expide el Decreto 122 de 1997, el 58 de 1998 y el 62 de 1999, que en su artículo 3º indicó:

“…Los Oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en los grados de Coronel y **Capitán de Navío**, tendrán derecho a las asignaciones básicas señaladas en el artículo 1º del presente decreto,

---

<sup>1</sup> Artículo 75 del Decreto 1211 de 1990. “Los Oficiales y Suboficiales inscritos en el Escalafón Complementario mientras permanezcan en servicio activo, devengarán la asignación básica, primas, subsidios y viáticos correspondientes al grado inmediatamente superior. PARAGRAFO. El personal a que se refiere este artículo, en ningún caso podrá ascender fiscalmente”.

y a primas mensuales equivalentes al treinta y cinco punto cuarenta y cuatro por ciento (35.44%) de lo que en todo tiempo devenguen los Ministros del Despacho como asignación básica y gastos de representación.

En esas condiciones, la situación de ciertos Oficiales de las Fuerzas Militares (General, Mayor General, Brigadier General, Coronel y **Capitán de Navío**), varía a partir de la entrada en vigencia de las normas constitucionales y legales citadas, **en donde se prevé un nuevo régimen salarial y de prestaciones sociales que modifica la situación de este personal.**

En otras palabras, la asignación mensual **de los Capitanes de Navío** se constituye: i) por el sueldo básico y (ii) por las **primas mensuales**. Conforme a lo precedente, se tiene 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.

Además el escalafón complementario le implica al actor percibir las asignaciones, salarios, la asignación básica, primas, subsidios y viáticos correspondientes al grado inmediatamente superior, es decir al ocupar el grado de Capitán de Fragata y ser ascendido al de Capitán de Navío<sup>2</sup> en dicho escalafón, **sus asignaciones y**

---

<sup>2</sup> ARTICULO 5o.JERARQUÍA. La jerarquía y equivalencia de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares para efectos de mando, régimen interno, régimen disciplinario y justicia penal militar, lo mismo que para todas las obligaciones y derechos consagrados en este Estatuto, comprende los siguientes grados en escala descendente:

I. OFICIALES

EJERCITO a. ( ... )



**partidas eran las previstas para este último grado**, mientras estuvo en servicio activo.

De esta manera, la situación particular en materia salarial de estos Oficiales, a partir de la vigencia de las normas citadas que modifican su asignación mensual, constituida **por el sueldo básico y las primas mensuales**, justifica la aplicación de criterios de exclusión frente al beneficio de que trata el artículo 79 del Decreto 1211 de 1990, pues atendiendo su régimen, se entiende que no se encuentran incluidos dentro del grupo de trabajadores, que por sus bajos ingresos no están en capacidad de cubrir la totalidad de los gastos que implica el sostenimiento del núcleo familiar, pues hacen parte del grupo aquellos funcionarios que están sometidos al régimen del que gozan los altos Oficiales de las Fuerzas Militares en la Armada Nacional como es el de Capitán de Navío.

En consecuencia, se observa que la administración no infringió **derechos adquiridos**, además de que no se acreditó en el expediente que al actor se le hubiera desmejorado su situación **salarial** con la no inclusión del **subsidio familiar** desde el momento en que ascendió al Grado de Capitán de Navío. Se observa que la administración aplicó los Decretos Salariales proferidos por el Gobierno, Decretos que guardan consonancia con los límites señalados en el artículo 2º literal a) de la Ley 4ª de 1992, del cual se deduce que la fijación **salarial** puede incluso hacer desaparecer reconocimientos que venían siendo efectuados, en gracia de discusión “**derechos adquiridos**”, siempre que no se **desmejoren los salarios y las prestaciones sociales**.

Por ello los reconocimientos del Subsidio Familiar que venían siendo efectuados al actor, se hacían porque ostentaba el grado de Capitán de Fragata y al ascender a un grado inmediatamente superior en el escalafón complementario, los pagos debían representar las primas y asignaciones correspondientes al grado en ascenso, frente al que no se reconoce el Subsidio familiar.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A” administrando justicia en nombre de la

---

ARMADA

a. Oficiales de Insignia: Almirante, Vicealmirante, Contraalmirante

b. **Oficiales Superiores: Capitán de Navío, Capitán de Fragata**, Capitán de Corbeta

República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**CONFÍRMASE** la sentencia proferida el 25 de marzo de 2011 por el Tribunal Administrativo de Bolívar, dentro del proceso promovido por **OSWALDO ESCOBAR CHAMORRO**.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE** y ejecutoriada, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen.

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

**GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN      ALFONSO VARGAS RINCÓN**

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**

---