



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, diez (10) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JOSE ALBITO GARCÍA LAGUADO
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL)
RADICADO: 20-001-33-33-008-2017-00233-01
MAGISTRADO PONENTE: OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA

I. ASUNTO.-

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en el presente asunto, en contra de la sentencia de fecha 17 de septiembre de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, que resolvió¹:

“PRIMERO: Declarar NO probadas las excepciones de “legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes”, la de “existencias del reconocimiento e inclusión del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro”, la de “no configuración de violación al derecho a la igualdad”; la excepción de “no configuración de causal de nulidad” y la de “no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares”, propuestas por el apoderado de CREMIL, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: INAPLICAR por inconstitucionalidad, para e caso concreto, la expresión contenida en el artículo 1 del decreto 1162 de 2014 que respecto a la inclusión de la prestación social denominada subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro dispone su computo en cuantía del “treinta por ciento de dicho valor”, por las razones expuestas precedentemente.

TERCERO: Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 2016-78629 del 28 de noviembre de 2016, por medio del cual la entidad demandada negó al actor el reajuste de su asignación de retiro.

CUARTO: Como consecuencia de lo anterior, se ORDENA a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL, reliquidar la asignación de retiro reconocido al soldado profesional ® JOSÉ ALBITO GARCÍA LAGUADO, incluyendo como partida computable el subsidio familiar en la cuantía percibida por el actor a la fecha de su retiro, de acuerdo a las precisiones realizadas precedentemente.

¹ Folio 112 y 113 del expediente

QUINTO: Al efectuarse la reliquidación de las mesadas pensionales, la entidad demandada debe aplicar el ajuste de valores contemplados en el artículo 187 del CPACA, a efecto de que esta se pague con su valor actualizado, de conformidad con la fórmula utilizada para sentencias judiciales.

SEXTO: De igual forma se CONDENA a CREMIL, a pagar al demandante, las diferencias de las asignaciones de retiro existentes entre los valores que le fueron reconocidos y los que le deben reconocer en virtud de la presente providencia.

SÉPTIMO: Sin condena en costas, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente.

OCTAVO: La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

NOVENO: En firme esta providencia, archívese el expediente”².

1. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES³

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la parte demandante, actuando por conducto de apoderado judicial, elevó las siguientes súplicas:

“Se declare la nulidad del acto administrativo No. 2016-78629 de fecha 28 de noviembre de 2016, expedido por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL), mediante el cual negó el reajuste del porcentaje de la partida de Subsidio Familiar que se viene liquidando en la asignación de retiro de mi poderdante.

A título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se ordene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a reajustar el porcentaje de la partida de subsidio familiar que se le está computando en la asignación de retiro de mi poderdante, esto es: del 18.75% al 62.5% de la asignación básica. Porcentaje que tenía reconocida al momento del retiro del servicio activo.

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 en que sea reconocido el derecho precitado.

Ordenar el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento dejados de pagar desde el mismo instante en el que se generó el derecho de la asignación de retiro, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en los artículos 192 y 195 CPACA (Sentencia C-188/99, expediente 2191 del 24 de marzo de 1999)⁴.

² Folio 76 del expediente.

³ Folio 25 a 39 del expediente.

⁴ Folio 14 del expediente.

1.2. ASPECTO FÁCTICO

Los fundamentos fácticos de las pretensiones incoadas por el demandante a través de su apoderado judicial en la presente Litis, podríamos resumirlos así⁵:

Señala el demandante que prestó sus servicios profesionales en las filas del Ejército Nacional por espacio de 20 años.

Continuó relatando que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1794, el Ejército reconoció y pagó al hoy demandante, una partida de subsidio familiar que al momento de su retiro correspondía al 62,5% de la asignación básica.

Indica que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 del 2004, la caja de retiro de las fuerzas militares le reconoció la asignación del retiro mediante resolución No. 5330 del 2 de agosto de 2016.

Señaló el demandante que solicitó a la demandada se reliquidara su asignación de retiro tomando como base de liquidación el 62,5% de la asignación básica, solicitud que le fue negada en acto administrativo N° 2016-78629 del 28 de noviembre de 2016, negando el incremento del porcentaje de la partida de subsidio familiar.

1.3. SOBRE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, mediante sentencia de fecha 17 de septiembre de 2018, concedió las pretensiones de la demanda y se condenó de tal responsabilidad a la CAJA DE RETIRO DE LAS FFMM.

En la providencia se dejó consignado:

“(…) Teniendo en cuenta, el precedente jurisprudencial traído a colación, resulta evidente que, si bien el legislador solo previó la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, excluyendo de la aplicación de tal regla a los soldados profesionales, resulta procedente reconocerle dicho emolumento a estos últimos, en aplicación del principio de igualdad, aunque ello signifique la inaplicación del precepto según el cual únicamente se puede tener en cuenta tal partida para liquidar la asignación de retiro del personal oficial y suboficial.

(…)

Revisada la hoja de servicios No. 3-88222779 de fecha 20 de junio de 2016, expedida por la Dirección de Personal del Ejército Nacional, visible a folio 11 del expediente, el señor JOSÉ ALBITO GARCÍA LAGUADO, para el año 2016, le fue reconocido un subsidio familiar con un porcentaje del 4% correspondiente a \$603.273,12.

Así mismo, se tiene acreditado que el señor JOSÉ ALBITO GARCÍA LAGUADO el día 9 de noviembre de 2016 (fls 5 6) presentó petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a efectos que le fuere reajustado el porcentaje de la partida de subsidio familiar que se le venía computando en la asignación de retiro, la cual le fue negada mediante oficio No. 2016-78629 del 28 de noviembre de 2016.

⁵ Folio 15 del expediente.

Así las cosas, se observa que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al momento de liquidar la asignación del demandante, solo le computó el 30% del subsidio familiar, que este devengaba en actividad, en aplicación del artículo 1° del decreto 1162 de 24 de junio de 2014, no obstante, como ya se dejó sentado, el Despacho considera que si bien el decreto 1162 de 2014, incorporó para los soldados profesionales la partida de subsidio familiar solo lo estableció en un 30%, vulnerando el derecho a la igualdad de los soldados profesionales respecto a los oficiales y suboficiales, de ahí que en el presente caso se dispondrá la inaplicación por inconstitucionalidad de la expresión contenida en el artículo 1 del Decreto 1162 de 2014 que expresamente dispone la inclusión de la aludida prestación social como partida computable para liquidar la asignación de retiro en cuantía del treinta por ciento (...)⁶.

1.4. SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN

1.4.1. PARTE DEMANDADA

El apoderado de la parte accionada interpuso recurso de apelación bajo el argumento que tanto el acto de reconocimiento pensional, como el acto por medio del cual se reconoció una asignación de retiro a favor del actor y el acto mediante el cual se negó su reliquidación, fueron expedidos con base en la normatividad aplicable a la situación jurídica del actor, razón que hace improcedentes las pretensiones del actor e inhabilita la declaratoria contenida en la sentencia cuya revocatoria se solicita.

Finalmente, insta a la Sala a no condenarle en costas, dado que no se vislumbra una actitud desleal de parte de dicha entidad que justifique dicha condena.

1.5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 8 de noviembre de 2018, se admitió el recurso de apelación formulado por la parte demandada⁷, contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar.

Por auto del 29 de noviembre de 2018, se ordenó a las partes presentar por escrito los alegatos de conclusión⁸.

1.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En esta oportunidad procesal, el Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

2. CONSIDERACIONES

No advirtiéndose en este momento procesal ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada, contra la sentencia del 17 de septiembre de 2018.

2.1. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, vigente para la época de presentación de la demanda, es competente esta Corporación para conocer en

⁶ Folio 75 del expediente.

⁷ Folio 129 del expediente.

⁸ Folio 138 del expediente.

segunda instancia del recurso de apelación propuesto por la apoderada judicial de la parte demandada, contra la sentencia fechada 17 de septiembre de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema Jurídico en esta instancia se circunscribe a determinar si la sentencia proferida por el Juzgado Octavo (8º) Administrativo Oral de Valledupar, por medio de la cual se anuló el acto administrativo contenido en el oficio 2016-78629 y se ordenó la reliquidación de la pensión del demandante, ha de ser revocada, en virtud de los argumentos expuestos por el apoderado de la parte demandada o si, por el contrario, la decisión en disputa se ciñe a la normatividad aplicable al caso concreto, evento en el cual será lo procedente confirmarla.

2.3. PRUEBAS

De las pruebas allegadas al expediente, se tiene como hechos probados los siguientes:

De las pruebas allegadas al expediente, se tiene como hechos probados los siguientes:

El señor José Albito García Laguado prestó sus servicios profesionales en las filas del Ejército Nacional por espacio de 20 años de servicio⁹.

Conforme a la hoja de servicios No. 3-88222779 de 30 de junio de 2016 al hoy demandante le fue reconocido un subsidio familiar con un porcentaje del 4% correspondiente a \$603.273,12¹⁰.

El 2 de agosto de 2016, mediante Resolución Nª 5330, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 del 2004, la caja de retiro de las Fuerzas Militares le reconoció la asignación de retiro al hoy demandante, sin incluir en su liquidación el subsidio familiar¹¹.

El 9 de noviembre de 2016, el acto elevó una petición en el sentido que se ordenara la reliquidación de su asignación de retiro, incluyendo la partida de subsidio familiar¹².

El 28 de noviembre de 2016, la entidad dio alcance a su petición mediante oficio No. 2016-78629, por medio del cual desestimó la solicitud de reliquidación en tanto la norma que regía la vinculación del hoy demandante no incluía el mentado subsidio como una partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro¹³.

2.4. ANÁLISIS DEL CASO A LA LUZ DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS POR LAS PARTES

En la decisión impugnada, esencialmente se decide inaplicar por inconstitucional el artículo 1 del Decreto 1162 de 2014, que ordenó la inclusión de la partida denominada "subsidio familiar" en cuantía equivalente al 30% de dicho valor y, en cambio, se ordenó su inclusión en el porcentaje que el actor venía percibiendo al

⁹ Folio 11 del expediente.

¹⁰ Folio 11 del expediente.

¹¹ Folio 9 y 10 del expediente

¹² Folio 5 y 6 del expediente.

¹³ Folio 8 del expediente.

momento de su retiro.

Para resolver, sea del caso precisar que en términos de la Corte Constitucional¹⁴, el subsidio familiar se puede definir como “una prestación social legal de carácter laboral y, desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone. De tal manera que 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”.

Por su parte, la Ley 21 de 1982¹⁵ concibió el subsidio familiar como una prestación social que tendría la finalidad de aliviar las cargas del sostenimiento de la familia, pagadera en dinero, especie y servicios para aquellos trabajadores de medianos y menores ingresos, su pago sería proporcional al número de personas a cargo y su finalidad (artículo 1), pero no constituiría salario ni se tendría como factor del mismo para ningún efecto (artículo 2).

En lo que respecta a su pago, el artículo 5 ejusdem reguló las diferentes modalidades así:

En dinero: se daría como una cuota monetaria por cada persona a cargo que le diera derecho a la prestación.

En especie: se reconocería en alimentos, vestido, becas de estudio, textos escolares, medicamentos u otros bienes distintos al dinero.

En servicios: es aquel beneficio que se otorgaría mediante la utilización de las obras y programas sociales organizados por las cajas de compensación familiar.

Ahora, en el artículo 13 de la Ley 21 de 1982 se precisó que el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, entre otras entidades, continuarían pagando el subsidio familiar de acuerdo con las normas especiales que las regían. Así, para las Fuerzas Militares, el Decreto 1211 de 1990 reguló el derecho para los oficiales y suboficiales, en los artículos 79 y siguientes, y para los soldados solo se concibió hasta la expedición del Decreto 1794 de 2000, que le confirió a los soldados que se incorporaran como profesionales, la posibilidad de devengarlos durante el servicio, en los siguientes términos:

“ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad. Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente”.

Más adelante y en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4 de 1992, el presidente de la República expidió el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009¹⁶ por medio del cual se derogó la anterior disposición. Sin embargo, la dejó a salvo para aquellos que ya la venían devengando, en los siguientes términos:

“(…) PARÁGRAFO PRIMERO. Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-508 de 1997.

¹⁵ Por la cual se modifica el régimen del Subsidio familiar y se dictan otras disposiciones.

¹⁶ Por el cual se deroga el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones.

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”.

Por su parte, el párrafo segundo de esta norma aclaró 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.

Es de anotar que el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009 fue declarado nulo por la Sección Segunda, Subsección B, en providencia del 8 de junio de 2017¹⁷, con lo cual revivió el artículo 11 del Decreto 1194 de 2000 que consagraba el derecho al subsidio familiar para los soldados profesionales casados o en unión libre.

Ahora bien, en desarrollo de las Leyes 4 de 1992 y 923 de 2004, el presidente de la República expidió el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014¹⁸, por medio del cual creó nuevamente el subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales, a partir del 1 de julio de 2014¹⁹. Adicionalmente, en el artículo 5, se incluyó el subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro y la pensión de invalidez, en valor del 70% de lo que se devengue por dicho concepto en servicio activo, en los siguientes términos:

“Artículo 5. A partir de julio de 2014, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez del personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, el setenta por ciento (70%) del valor que se devengue en actividad por concepto de subsidio familiar, establecido en el artículo primero del presente decreto; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 o normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan”.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de junio de 2017, radicación: 110010325000201000065 00(0686-2010), actor: Fundación Colombiana Sentimiento Patrio de los soldados e infantes de Marina Profesionales «SEDESOL».

¹⁸ «Por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones».

¹⁹ «ARTÍCULO 1°. Subsidio Familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales. Créase, a partir del 1° de julio del 2014, para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no perciben el subsidio familiar regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, así: a. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente, más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c. de este artículo. b. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales viudos siempre y cuando hayan quedado a cargo de los hijos habidos dentro del matrimonio o dentro de la unión marital de hecho, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c. del presente artículo. c. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo. En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica. PARÁGRAFO 1. El subsidio familiar previsto en el presente artículo en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica de los soldados profesionales e infantes de marina profesionales. PARÁGRAFO 2. Para los efectos previstos en este artículo los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares a partir del 01 de Julio de 2014, podrán elevar al Comando de Fuerza. la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar previsto en el presente decreto, y el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud de que trata el presente párrafo, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago. PARÁGRAFO 3. Los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares que estén percibiendo el subsidio familiar previsto en los decretos 1794 de 2000.

En la misma fecha, se expidieron disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los soldados profesionales y los infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares, a través del Decreto 1162 de 2014 el cual, en su artículo 1 previó lo siguiente:

“ARTÍCULO 1. A partir de julio del 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan”.

Las normas en comento llevan a concluir que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004²⁰, para incluir el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales, de manera que, a partir de la entrada en vigencia 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; (i) prima de antigüedad: en porcentaje del 38.5%, según lo previsto por el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004; (ii) subsidio familiar en porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009²¹, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida²².

Es de anotar que 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.

Así las cosas, es dable concluir que 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%²³ para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000²⁴ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

Acorde con la hoja de servicios obrante a folio 11 del expediente, se tiene que el señor JOSÉ ALBITO GARCÍA LAGUADO prestó sus servicios en el Ejército Nacional desde el año 1995 hasta el año 2016, conforme a la liquidación de servicios visible al folio mencionado inicialmente. En ese mismo documento se indica que, dentro de los elementos integradores del salario del demandante se encontraba el subsidio familiar.

Se encuentra probado que mediante Resolución No. 5330 del 2 de agosto de 2016,

²⁰ Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

²¹ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

²² Artículo 5 del Decreto 1161 de 2014.

²³ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

²⁴ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

CREMIL le reconoció al señor GARCÍA LAGUADO su asignación de retiro como soldado profesional del Ejército, teniendo en cuenta para su liquidación el 70% del salario mensual y el 38,5% de la prima de antigüedad devengada por el demandante.

Desde la demanda, se afirma que el porcentaje de reconocimiento del subsidio familiar fue el equivalente al 30% de lo que venía percibiendo hasta el momento de su retiro, sin embargo, la entidad accionada omitió incluir el porcentaje del 70%, asunto que inspira su demanda y que motivó la sentencia cuya impugnación se resuelve en este instante.

A diferencia de lo concluido por el Despacho de instancia, esta Sala estima que al actor no le asiste el derecho al incremento en el porcentaje reconocido en su asignación de retiro en tanto –como se dijo en líneas pasadas- los soldados con partidas reconocidas a partir de julio de 2014 –como es el caso en el presente asunto- tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30%²⁵ para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000²⁶ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

El actor, se encuentra en el primer grupo, esto es, quienes ya percibían dicha prestación, por lo que la decisión adoptada por la entidad demandada en el sentido de reconocer solo el 30% de dicha partida, entraña un contenido legal que tiene además sustento en la sentencia de unificación proferida por el H. Consejo de Estado el pasado 25 de abril de 2019, que concluyó:

“(…) En la misma fecha, se expidieron disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los soldados profesionales y los infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares, a través del Decreto 1162 de 2014 el cual, en su artículo 1 previó lo siguiente:

ARTÍCULO 1. A partir de julio del 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

185. Las normas en comento llevan a concluir que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004¹⁴¹, para incluir el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales, de manera que, a partir de la entrada en vigencia 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

²⁵ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

²⁶ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009¹⁴², y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida¹⁴³. 186.

Es de anotar que 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.

187. En conclusión, 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%¹⁴⁴ para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000¹⁴⁵ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida (...)”²⁷.

Así las cosas, no es de recibo lo afirmado por el Despacho de instancia en el sentido que debía inaplicarse la norma contenida en el artículo 1 del decreto 1162 de 2014 respecto al porcentaje de inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro del actor.

Por lo anterior, se revocará la sentencia apelada y, en consecuencia, se desestimarán las pretensiones de la demanda.

3. CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO, ARTÍCULO 188 DEL CPACA.-

La Sala no condenará en costas, habida cuenta que no aparece de que se hubiesen causado, tal como lo exige el numeral 8º del artículo 365 del CGP²⁸, aplicable en materia contencioso – administrativa, por remisión expresa del artículo 188 del CPACA²⁹.

El Consejo de Estado al respecto dispuso:

“En este caso, nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P. Sin embargo, como lo ha precisado la Sala, esta circunstancia debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”. En esas condiciones, se advierte que, una vez revisado el expediente, no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas o agencias en derecho a cargo del ente demandado en ninguna de las dos instancias. Por lo tanto, se revoca la condena en costas en primera instancia y no se condena en costas en segunda

²⁷ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION SEGUNDA. Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16)CE-SUJ2-015-19.

²⁸ “Art. 365.- En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos e que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...)

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

²⁹ Art. 188. Condena en costas. 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.

instancia³⁰.

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

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el pasado diecisiete (17) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Octavo (8º) Administrativo del Circuito de Valledupar, de conformidad con lo expuesto *ut supra*.

En consecuencia, NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas de segunda instancia, por no aparecer causadas.

TERCERO: En firme esta sentencia, DEVOLVER el expediente al Juzgado Octavo (8º) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, para lo de su competencia.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Este proveído fue discutido y aprobado en reunión de Sala de decisión efectuada en la fecha. Acta No. 134.


OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA
MAGISTRADO


DORIS PINZÓN AMADO
MAGISTRADA


CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO

³⁰ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN CUARTA, sentencia del 26 de mayo de 2016, Radicación: 13001-23-33-000-2013-00016-01 (21559), C.P. Jorge Octavio Ramírez.