



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

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

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: JESUS GARZÓN HENAO  
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES  
(CREMIL)  
RADICADO: 20-001-33-33-005-2017-00258-01  
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 Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, que resolvió:

**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, por las razones expuestas precedentemente.

**TERCERO:** Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 2017-2366 del 27 de enero de 2017, 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 @ JESUS ANTONIO GARZÓN HENAO, 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.

**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”<sup>1</sup>.

## 1. ANTECEDENTES

### 1.1. PRETENSIONES<sup>2</sup>

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)”<sup>3</sup>.

### 1.2. ASPECTO FÁCTICO

---

<sup>1</sup> Folio 80 a 81 del expediente.

<sup>2</sup> Folio 12 a 32 del expediente.

<sup>3</sup> Folio 14 del expediente.

Los fundamentos fácticos de las pretensiones incoadas por el demandante a través de su apoderado judicial en la presente Litis, podríamos resumirlos así<sup>4</sup>:

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. 6366 del 31 de julio de 2015.

Señaló el demandante que solicitó a la demandada se reliquidara su asignación de retiro tomando como base de liquidación el 62,5% de las asignación básica, solicitud que le fue negada en acto administrativo N<sup>o</sup> 2017-2366 del 27 de enero de 2017, negando el incremento del porcentaje de la partida de subsidio familiar.

### 1.3. SOBRE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, mediante sentencia de fecha 17 de septiembre de 2018, concedió las pretensiones de la demanda y anuló el acto expedido por la CAJA DE RETIRO DE LAS FFMM.

En la providencia se dejó consignado:

“(...) En el caso del señor GARZÓN HENAO, se advierte que en la asignación de retiro que le fue reconocida por CREMIL, se tuvo como partida computable el 30% del subsidio familiar devengado en actividad.

En este punto, considera el Despacho que si bien le legislador con la expedición del Decreto 1162 de 2014 incluyó el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales en cuantía del 30% del valor en que la percibían en actividad, con esta disposición se continuo con un trato diferenciado respecto a estos soldados, vulnerando su derecho a la igualdad, por cuanto no existe razón alguna para reconocer a favor de los oficiales o suboficiales esta partida en cuantía diferente a la de los soldados, razón por la cual precisa el despacho que hay lugar a inaplicar la norma en cita, en aras de restablecer los derechos mínimos de los trabajadores y garantizan que su asignación de retiro sea reconocida y cancelada en igualdad de condiciones que los demás miembros de las fuerzas militares a las que pertenecen.

Lo anterior, por cuanto no se encuentra una relación de proporcionalidad entre ese trato desigual y el fin perseguido por la norma, toda vez que el subsidio posee como fundamento el tener a cargo de la responsabilidad de una familia, condiciones que se predica tanto de los primeros como de los segundos, siendo unos y otros miembros de la misma institución, con derecho los dos a devengar la asignación de retiro cuando cumplan los requisitos. Aunado a ello, en el Decreto 1162 de 2014, no se expresan los fundamentos de este trato diferencial.

---

<sup>4</sup> Folio 15 del expediente.

En este orden, y de conformidad con lo anterior, para el caso concreto, se dispondrá la inaplicación por inconstitucionalidad del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y del artículo 1 del Decreto 1162 de 2014, en cuanto violan el principio de igualdad al no tomar el subsidio familiar como partida computable, en el mismo porcentaje en que lo devengaban en actividad; y por ellos e declarará la nulidad del acto administrativo No. 2017-2366 del 27 de enero de 2017 (...)"<sup>5</sup>.

#### 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 13 de diciembre de 2018, se admitió el recurso de apelación formulado por la parte demandada<sup>6</sup>, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar.

Por auto del 24 de enero de 2019, se ordenó a las partes presentar por escrito los alegatos de conclusión<sup>7</sup>.

#### 1.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En esta oportunidad procesal, el Agente del Ministerio Publico 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 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 Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar.

#### 2.2. PROBLEMA JURÍDICO

<sup>5</sup> Folio 82 del expediente.

<sup>6</sup> Folio 117 del expediente.

<sup>7</sup> Folio 120 del expediente.

El problema Jurídico en esta instancia se circunscribe a determinar si la sentencia proferida por el Juzgado Quinto (5°) Administrativo Oral de Valledupar, por medio de la cual se anuló el acto administrativo contenido en el oficio 2017-2366 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:

El señor Jesús Antonio Garzón Henao prestó sus servicios profesionales en las filas del Ejército Nacional por espacio de 20 años de servicio, por lo que CREMIL le reconoció una asignación de retiro mediante resolución No. 6366 del 31 de julio de 2015<sup>8</sup>.

Según la certificación de ingresos obrante a folio 10 del plenario, se tiene que la asignación de retiro del actor fue liquidada con base en el salario mínimo mensual vigente para el 2015, incrementado en un 40%, adicionado en un 38.5% (prima de antigüedad) y el 30% del subsidio familiar.

En la decisión impugnada, sin embargo, se ordenó que dicho subsidio fuera liquidado con base en el porcentaje que el actor venía percibiendo, asunto que es la esencia misma del presente proceso.

El actor presentó una petición en dicho sentido, mientras que CREMIL desestimó lo solicitado a través del acto que hoy se demanda.

### 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 momento de su retiro.

Para resolver, sea del caso precisar que en términos de la Corte Constitucional<sup>9</sup>, 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 1982<sup>10</sup> 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).

<sup>8</sup> Folio 8 a 9 del expediente.

<sup>9</sup> Corte Constitucional, sentencia C-508 de 1997.

<sup>10</sup> Por la cual se modifica el régimen del Subsidio familiar y se dictan otras disposiciones.

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 2009<sup>11</sup> 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 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 2017<sup>12</sup>, 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

<sup>11</sup> Por el cual se deroga el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones.

<sup>12</sup> 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».

República expidió el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014<sup>13</sup>, 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 2014<sup>14</sup>. 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”.

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”.

---

<sup>13</sup> «Por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones».

<sup>14</sup> «ARTÍCULO 1º. Subsidio Familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales. Créase, a partir del 1º 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.

Las normas en comento llevan a concluir que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004<sup>15</sup>, 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 2009<sup>16</sup>, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida<sup>17</sup>.

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%<sup>18</sup> para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000<sup>19</sup> 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 JESUS ANTONIO GARZÓN HENAO prestó sus servicios en el Ejército Nacional desde el año 1994 hasta el año 2015, 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. 6366 del 31 de julio de 2015, CREMIL le reconoció al señor GARZÓN HENAO 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

---

<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.

<sup>18</sup> Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

<sup>19</sup> El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.



computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30%<sup>20</sup> para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000<sup>21</sup> 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 2004<sup>141</sup>, 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 Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009<sup>142</sup>, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida<sup>143</sup>. 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%<sup>144</sup> para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de

<sup>20</sup> Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

<sup>21</sup> El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

2000145 y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida (...)"<sup>22</sup>.

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 CGP<sup>23</sup>, aplicable en materia contencioso – administrativa, por remisión expresa del artículo 188 del CPACA<sup>24</sup>.

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 instancia”<sup>25</sup>.

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,

#### F A L L A:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el pasado diecisiete (17) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Quinto (5º) 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

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> “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”.

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> 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.

causadas.

TERCERO: En firme esta sentencia, DEVOLVER el expediente al Juzgado Quinto (5º) 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