



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

Popayán, dos de abril de dos mil veinte

Magistrado ponente: **CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO**

Expediente: 19001 33 31 001 2014 00300 01
Actor: OSCAR DAVID AGREDO
Demandado: NACIÓN – MINDEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

Decide la Sala el recurso de apelación impetrado por la parte demandada contra la sentencia dictada el 30 de mayo de 2017, en la audiencia inicial, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán.

I. ANTECEDENTES

1. PARTE DEMANDANTE

OSCAR DAVID AGREDO
C.C. No. 10.294.400

2. PARTE DEMANDADA

NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

3. LA DEMANDA

La parte demandante, a través de apoderado, por medio del control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la parte demandada, solicitó:

Que se declare la nulidad del Oficio No. OFI 14-4406 de 29 de enero de 2014.

Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene el reajuste de la pensión de invalidez, con inclusión del subsidio familiar.

Que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

Hechos

El sustento fáctico de la demanda se reduce a lo siguiente:

Expediente: 19001 33 31 001 2014 00300 01
Actor: OSCAR DAVID AGREDO
Demandado: NACIÓN – MINDEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

Al señor Oscar David Agredo, le fue reconocida una pensión de invalidez, por Resolución No. 991 de 6 de marzo de 2013.

En la liquidación de la pensión de invalidez, no fue incluido el subsidio familiar.

Previa solicitud, elevada el 24 de enero de 2014, en el acto demandado, se negó el reajuste de la pensión de invalidez, con inclusión del subsidio familiar. *Fls. 9 y siguientes*

4. RECUENTO PROCESAL

La demanda fue presentada el 2 de julio de 2014, repartida al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán, donde se admitió y se notificó en debida forma a las partes –folios 14 y siguientes, C. ppal.-.

5. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, contestó la demanda en forma oportuna y a través de apoderado.

En la contestación, se opuso a las pretensiones, aceptó como ciertos algunos hechos, y resaltó que el oficio demandado no era susceptible de control judicial.

Planteó las excepciones de inexistencia de la obligación, y de caducidad.

En las razones de defensa, expuso el régimen prestacional especial de los miembros de la Fuerza Pública, y subrayó que el Decreto 4433 de 2004, no contempla la inclusión del subsidio familiar en la pensión de invalidez. *Fls. 39 y siguientes.*

6. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO

De las excepciones propuestas se corrió el traslado de ley, dentro del que la parte actora no intervino. *Fls. 51 y siguientes.*

En la audiencia inicial, ante la inexistencia de pruebas por practicar, se pasó a la etapa de alegatos y se dictó sentencia. *Fls. 176 y siguientes.*

7. LA SENTENCIA APELADA

Se trata de la sentencia dictada el 30 de mayo de 2017, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán, en la que se accedió a las pretensiones de la demanda. *Fls. 176 y siguientes*

8. EL RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** apeló la decisión anterior en tiempo oportuno.

Expediente: 19001 33 31 001 2014 00300 01
Actor: OSCAR DAVID AGREDO
Demandado: NACIÓN – MINDEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

En el recurso, explicó que las partidas computables para la pensión de invalidez de un soldado profesional, como el actor, están previstas en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, y entre ellas, no se contempla el subsidio familiar. Agregó que esta prestación, del subsidio familiar, no la percibe ningún soldado profesional, en razón a que fue derogada por el Decreto 1770 de 2009. De lo anterior, concluyó que no es procedente la inclusión del subsidio familiar en la pensión de invalidez, como lo pretende la parte actora.

A la vez, alegó que no actuó en forma temeraria o insensata, por lo que pidió que se revoque la condena en costas. *Fls. 182 y siguientes*

9. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA

Interpuesto el recurso, se celebró la audiencia de conciliación de que trata el artículo 192 del CPACA, que se declaró fracasada. Consecuentemente, el recurso se concedió y posteriormente fue admitido, y se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público, para que aleguen de conclusión y emita el concepto, respectivamente. La entidad demandada alegó a folios 14 y siguientes, y el Ministerio Público conceptuó que se confirme la sentencia, a folios 19 y siguientes.

II. CONSIDERACIONES

1. La competencia

El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA es competente para conocer de este asunto en segunda instancia, de acuerdo al artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, porque se trata de resolver el recurso de apelación impetrado contra la sentencia dictada el 30 de mayo de 2017, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán.

2. Lo demostrado

Con los elementos de prueba allegados al proceso, están demostrados los siguientes hechos relevantes:

El señor Oscar David Agredo prestó sus servicios en el Ejército Nacional, como soldado regular desde el 6 de julio de 2000, luego como soldado voluntario y, finalmente, como soldado profesional, hasta el 16 de marzo de 2013 –incluido el tiempo de tres meses de alta–.

Durante la prestación de sus servicios, el 6 de junio de 2010, resultó lesionado por esquirlas producto de la activación de un artefacto explosivo improvisado, lo cual le significó una pérdida de capacidad laboral del 99,75%. Todo esto consta en la hoja de servicios, en el informe administrativo por lesiones y en el acta de la junta médico laboral, a folios 53 y siguientes del cuaderno principal.

Con fundamento en lo anterior, fue retirado del servicio, por orden administrativa de personal 2261 de 15 de diciembre de 2012, y le fue reconocida una pensión de invalidez, por Resolución No. 991 de 6 de febrero de 2013.

En esta resolución, se consideró que al SP Oscar David Agredo, se le practicó una junta médico laboral que dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 99,75%, lo que le

Expediente: 19001 33 31 001 2014 00300 01
Actor: OSCAR DAVID AGREDO
Demandado: NACIÓN – MINDEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

hacia beneficiario de una pensión de invalidez, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, liquidada en un 95%, según el artículo 18 del mismo decreto, de las partidas computables para dicha prestación, previstas en el artículo 13 del decreto citado, e incrementada en un 4,5%, en aplicación del artículo 31 del Decreto 4433 de 2004; pensión efectiva desde el 15 de diciembre de 2012.

Respecto de esta pensión de invalidez, el actor solicitó el reajuste, con la inclusión del subsidio familiar, en petición de 24 de enero de 2014, lo que fue negado en el oficio demandado, No. OFI 14-4406, de 29 de enero de 2014, con sustento en que el subsidio familiar no es partida computable en la pensión de invalidez, según se desprendía del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

3. La sentencia de instancia y los cargos de la apelación

En contra del oficio anterior, el señor Oscar David Agredo instauró la demanda de la referencia, que fue tramitada y sentenciada por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán, que resolvió acceder al reajuste de la pensión de invalidez con inclusión del subsidio familiar.

Contra la decisión anterior, la entidad demandada apeló, para que sea revocada, porque el subsidio familiar no está contemplado en el ordenamiento jurídico como partida computable para la pensión de invalidez.

Luego, en esta instancia le corresponde a la Sala, analizar si es procedente o no el reajuste de la pensión de invalidez reconocida al actor, en su calidad de soldado profesional, con inclusión del subsidio familiar.

4. De las partidas computables en la pensión de invalidez, especialmente, del subsidio familiar

La pensión de invalidez para los soldados profesionales, está contemplada en el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, y las partidas computables para ella, están previstas en el artículo 13, numeral 2 del mismo decreto.

En efecto, este último artículo establece que la pensión de invalidez para los soldados profesionales debe liquidarse teniendo en cuenta las siguientes partidas –o factores-: i) el salario mensual, en los términos del inciso primero del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 y ii) la prima de antigüedad, en los porcentajes previstos en el artículo 18 del mismo decreto. En el párrafo se advierte que ninguna otra prestación o factor será computable en las asignaciones de retiro, pensiones o sustituciones pensionales. El artículo establece:

ARTÍCULO 13. PARTIDAS COMPUTABLES PARA EL PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1o del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

Expediente: 19001 33 31 001 2014 00300 01
Actor: OSCAR DAVID AGREDO
Demandado: NACIÓN – MINDEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

PARÁGRAFO. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales. *Subrayado añadido.*

En relación con esta norma, el Consejo de Estado, Sección Segunda, unificó su posición, en sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, radicado SUJ-015-19, en torno a las partidas computables y la inclusión del subsidio familiar, entre otros aspectos, en relación con la asignación de retiro. La sentencia se articula, principalmente, en los siguientes tres pilares: i) la concordancia que debe existir entre las partidas sobre las cuales se hacen los aportes y las partidas que entonces se incluyen para la liquidación de la asignación de retiro, ii) el principio de igualdad y iii) el principio de progresividad.

En este sentido, y en razón a que dicho artículo 13 contempla las partidas computables tanto para la asignación de retiro como para la pensión de invalidez, deben atenderse las subreglas de unificación sistematizadas en la sentencia mencionada, para la determinación de las partidas computables en la pensión de invalidez, como se demanda en el caso en estudio.

Al abordar un caso semejante, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, en providencia de 4 de julio de 2019, radicado 1754-18, explicó que tratándose de las partidas computables para la pensión de invalidez era de observarse la sentencia de unificación, y a partir de esta concluyó que el subsidio familiar solo emerge como partida computable para las pensiones de los soldados profesionales causadas a partir de julio de 2014, por así haberlo dispuesto el Decreto 1161 de 2014. En dicho pronunciamiento se lee, literal y extensamente, lo siguiente:

Teniendo en cuenta que las partidas computables se aplican indistintamente para la asignación de retiro y/o para la pensión de invalidez, conforme a los lineamientos establecidos en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, se debe aplicar la sentencia de unificación al presente caso, por lo que para la liquidación de pensión de invalidez del señor Torres Ospina, se deberá incluir únicamente las partidas computables de que trata el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, lo correspondiente a asignación básica mensual incrementada en un 60%, ello por cuanto para diciembre de 2000, el demandante se encontraba vinculado en condición de soldado voluntario, y a partir del 2003 se incorporó como soldado profesional, en el cual permaneció hasta el momento de su retiro, y lo correspondiente a la prima de antigüedad equivalente al 38.5%. (...)

Ahora bien, en cuanto a los argumentos esbozados por la parte demandante en el recurso de apelación, relativo a las partidas computables que deben ser tenidas en cuenta al momento de liquidar la pensión de invalidez del demandante, en lo relativo a la inclusión del subsidio familiar, también la sentencia de unificación mencionada, refirió que con la expedición del Decreto 1794 de 2000, dicha prestación fue conferida para los soldados que se incorporaren como profesionales, con el fin de devengarla durante el servicio¹; sin embargo, el Decreto 3770 de 2009 derogó la anterior

¹ **Artículo 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.

Expediente: 19001 33 31 001 2014 00300 01
Actor: OSCAR DAVID AGREDO
Demandado: NACIÓN – MINDEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

disposición, dejando a salvo a quienes ya la venía devengando hasta que se produzca el retiro del servicio:

(...)

No obstante lo anterior, el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009, fue declarado nulo por esta Corporación, mediante la sentencia del 8 de junio de 2017², ante lo cual se revivió las disposiciones contenidas en el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, que consagraban el derecho al subsidio familiar para los soldados profesionales.

Si bien, el Presidente de la República en desarrollo de la Ley 4ª de 1992 y la Ley 923 de 2004, expidió el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014, a través del cual "se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones", a partir del 1 de julio de 2014, y en el artículo 5 se incluyó el subsidio familiar, como partida computable para liquidar la asignación de retiro y la pensión de invalidez, en el valor equivalente al 70% de lo que se devengue por dicho concepto en servicio activo; no obstante lo anterior, dicha preceptiva normativa no es aplicable al caso del señor Nolberto Torres Ospina, por cuanto el retiro del servicio se produjo, el 30 de septiembre de 2010, cuando aún no se encontraba vigente esta disposición, de modo tal que no se le puede tener en cuenta el subsidio familiar como partida computable para la pensión de invalidez decretada en la presente sentencia, en la medida que se debe dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 13.2 relativo a los soldados profesionales, exclusivamente, pues solo a partir de la entrada en vigencia del Decreto 1161 de 2014, el subsidio familiar entra a formar parte de la asignación de retiro y/o pensión de invalidez, pues con anterioridad a dicha fecha, no existía disposición legal que así la contemplara.

De este tema, también se ocupó la sentencia de unificación mencionada, cuando concluyó que: "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."

Como corolario a lo expuesto, para el caso del demandante, se advierte que se estaría frente a la hipótesis contemplada en la regla No. 3 fijada en la sentencia de unificación, según la cual, para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014 (30 de septiembre de 2010), el subsidio familiar no podrá ser tenido en cuenta como partida computable para la liquidación de la pensión de invalidez.

5. El caso concreto

Al amparo de esa normatividad y jurisprudencia, la Sala considera que para la liquidación de la pensión de invalidez del señor Oscar David Agredo, no debe incluirse el subsidio familiar, porque él resultó lesionado en junio de 2010 y fue retirado del servicio en marzo de 2013,

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.

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B de fecha 8 de junio de 2017, con radicación No. 110010325000201000065 00 (0686 – 2010), Actor Fundación Colombiana Sentimiento Patrio de los Soldados e Infantes de Marina Profesionales "SEDESOL"

Expediente: 19001 33 31 001 2014 00300 01
Actor: OSCAR DAVID AGREDO
Demandado: NACIÓN – MINDEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

esto es, con anterioridad al 1 de julio de 2014, para cuando aquel subsidio no estaba contemplado como partida computable para la pensión de invalidez.

Justamente, en la sentencia de unificación se expone el recuento normativo del subsidio familiar, del cual se concluye que solo fue contemplado como partida computable para la asignación de retiro y para la pensión de invalidez en los decretos 1161 y 1162 de 2014. La sentencia aseveró lo siguiente:

185. Las normas en comento llevan a concluir que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 , 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 , y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida .*

Y en el párrafo siguiente aclaró:

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% 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.

En cuanto a la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro, consideró que no se vulneraba el derecho a la igualdad entre i) los soldados profesionales respecto de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares –a quienes sí se les incluye el subsidio familiar en la asignación de retiro-, porque son dos grupos diferentes, cuyos aportes y partidas computables varían, y están amparados por regulaciones distintas; y entre ii) los soldados profesionales que consolidaron el derecho a la asignación de retiro antes de la expedición de los decretos 1161 y 1162 de 2014, respecto de quienes lo consolidaron con posterioridad a estos decretos –a quienes se les incluirá el subsidio familiar en la asignación de retiro-, lo que fundó, esencialmente, en el principio de progresividad, en los siguientes términos:

Expediente: 19001 33 31 001 2014 00300 01
Actor: OSCAR DAVID AGREDO
Demandado: NACIÓN – MINDEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

200. *iii) La diferencia de trato está constitucionalmente justificada: En este punto, es igualmente relevante remitirse al ámbito de aplicación del principio de progresividad, el cual admite la adopción de medidas que amplíen el catálogo de derechos, se presente de manera gradual. Así las cosas, el hecho de que el derecho a la asignación de retiro no abarque desde su nacimiento a la vida jurídica absolutamente todas las partidas que se espera que lleguen a conformarla, no vulnera por sí mismo el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que es constitucionalmente admisible que el derecho se amplíe de manera escalonada, lo que de suyo implica que los sujetos que logren consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones.*

201. *De esta manera, se observa que existe una razón suficiente para un trato jurídico desigual dada por el principio de la progresividad a lo que se agrega el principio formal de la libertad de configuración del legislador o en este caso el ejecutivo para regular la materia, tal y como antes se analizó, de manera que el trato en el plano jurídico de la asignación de retiro que se otorga a los soldados profesionales antes de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 no resulta arbitrario ni injustificado.*

202. *Bajo el modelo descrito, es claro que aunque es cierto que existe un trato jurídico distinto entre sujetos que se encuentran en un plano de igualdad fáctica, lo cierto es que tal situación está justificada en principios de raigambre constitucional, de manera que no se configura la vulneración del derecho a la igualdad.*

203. *En conclusión: 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.*

Debe entenderse que lo anterior, recompone o reforma el criterio aplicado por el A quo, en el sentido que la no inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la pensión de invalidez no trasgrede el derecho a la igualdad de los soldados profesionales en relación con otros miembros de la Fuerza Pública, como se deja transcrito.

Por esta razón, se revocará la sentencia, y se negará la pretensión de inclusión del subsidio familiar en la pensión de invalidez del actor, como se alegó en la apelación por la entidad demandada.

La Sala aclara que en este proceso no se discutieron otros reajustes en la pensión, por lo que no son objeto de pronunciamiento alguno.

6. Costas de esta instancia

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone 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 procedimiento civil, contenidas actualmente en el artículo 365 del Código General del Proceso.

Expediente: 19001 33 31 001 2014 00300 01
Actor: OSCAR DAVID AGREDO
Demandado: NACIÓN – MINDEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Segunda Instancia

La Sala revocará la sentencia en su integridad, incluida la condena en costas impuesta a la demandada; a la vez que no condenará en costas en esta instancia, porque los criterios sobre las partidas computables para las prestaciones de los soldados profesionales, como la aquí demandada, se unificaron mientras este proceso estaba en curso.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo del Cauca, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley

F A L L A

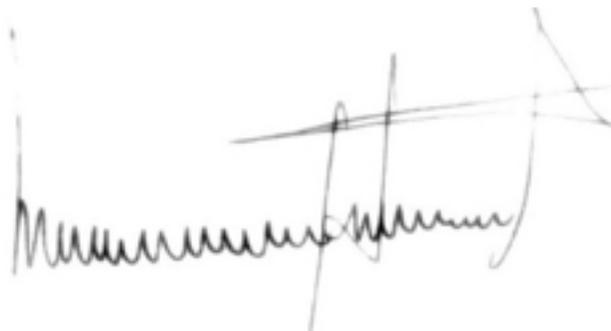
PRIMERO: Revocar la sentencia dictada el 30 de mayo de 2017, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Popayán, según lo expuesto. En su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas, según lo expuesto.

TERCERO: Devuélvase al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE

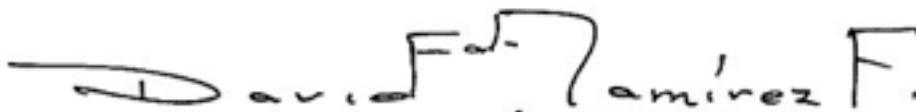
Los Magistrados



CARLOS H. JARAMILLO DELGADO



NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ



DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO