



F-25  
26.  
S-1  
ok

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

-SALA DE DECISIÓN 001-

SENTENCIA No. 117

Popayán, veinticinco (25) de julio de dos mil diecinueve (2019).

Magistrado Ponente: Carlos Leonel Buitrago Chávez  
Radicación: 19001-33-33-005-2016-00319-1  
Demandante: Héctor Fabio Martínez Díaz  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.  
Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 23 de mayo de 2018, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

### I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA, la fundamenta el actor así:

1.1. PRETENSIONES (fl. 34 c. ppal.)

Solicitó la declaratoria de nulidad parcial de la Resolución 2961 del 16 de junio de 2014, mediante la cual la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual de invalidez, y total del Oficio No. OFI16-30203 del 27 de abril de 2016, en el que la misma autoridad le negó la reliquidación de la prestación con la inclusión del subsidio familiar y; a modo de restablecimiento, el reajuste de la prestación con la inclusión de dicho concepto, en proporción del 35%, con el pago de las diferencias dejadas de percibir, debidamente indexadas, desde el 28 de febrero de 2014, desde cuando se reconoció la prestación.

1.2. Como HECHOS, el actor alegó los siguientes: (fl. 34 c. ppal.)

Que laboró en el Ejército Nacional como soldado profesional, acumulando un total de tiempo de servicios de 10 años, 7 meses y 13 días, hasta el 28 de febrero de 2014.

Que el retiro se dio porque mediante Acta de Junta Médico Laboral No. 64453 del 13 de noviembre de 2013, se le fijó una pérdida de la capacidad laboral

del 100%, por lo que mediante Resolución 261 del 16 de junio de 2014, emitida por el Coordinador del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa, le reconoció pensión mensual de invalidez a partir del 28 de febrero de 2014, liquidada en el 95% de salario y la prima de antigüedad, pero sin tener en cuenta el subsidio familiar que devengaba por su esposa e hija.

Que el 18 de abril de 2015, reclamó la reliquidación de la mesada pensional, debido a que no se incluyó el subsidio familiar en la liquidación de la prestación, sin embargo, la entidad negó la solicitud mediante el Oficio No. OFI16-30203 del 27 de abril de 2016, bajo la consideración de que la pensión de invalidez se había liquidado conforme al artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

### 1.3. ARGUMENTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDA (fl. 36 c. ppal.)

#### 1.3.1 NORMAS VIOLADAS (fl. 34 c. ppal.)

Artículo 2, 6, 13 y 29 de la Constitución Política.

Artículo 1º de la Ley 21 de 1982, artículo 79 del Decreto 1211 de 1990, y artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

#### 1.3.2 CONCEPTO DE VIOLACIÓN (fl. 36 c. ppal.)

Que la no inclusión del subsidio familiar dentro de los factores a tener en cuenta para la liquidación de su pensión de invalidez, desconoció los derechos que le asistían en virtud de las normas referidas y, en especial, el principio de igualdad, toda vez que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, es injustificado e inconstitucional que dicho concepto sí sea tenido en cuenta para los oficiales y suboficiales y no para los soldados profesionales.

### 2. LA CONTESTACIÓN (fl. 64 c. ppal.)

El Ejército Nacional manifestó que los actos administrativos demandados fueron expedidos con arreglo al régimen especial que rige a las Fuerzas Armadas, particularmente, al Decreto 4433 de 2004, cuyo artículo 13 no contempla el subsidio familiar entre las partidas a tener en cuenta para la liquidación de las asignaciones de retiro, pensiones de invalidez o de sobrevivencia, por lo que concluyó que se deben denegar las pretensiones.

### 3. SENTENCIA APELADA (fl. 80 c. ppal.)

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán, mediante sentencia del 23 de mayo de 2018, determinó:

*PRIMERO.- Declarar la NULIDAD PARCIAL de la Resolución No. 2961 de 16 de junio de 2014, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de pensión mensual de invalidez al actor y la NULIDAD PLENA del Oficio No. OFI16-30203 del 27 de abril de 2016, mediante el cual se negó el reajuste de la pensión de invalidez al señor HÉCTOR FABIO MARTÍNEZ DÍAZ, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*SEGUNDO.- A título de restablecimiento del Derecho la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – RELIQUIDARÁ la pensión de invalidez del señor HÉCTOR FABIO MARTÍNEZ DÍAZ, a partir del 28 de febrero de 2014, en los términos del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004.*

*TERCERO.- Las sumas diferenciales resultantes a pagar se ajustarán aplicando para ello mes a mes la fórmula indicada en la parte motiva de esta sentencia.*

*CUARTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.*

*QUINTO.- Por tratarse de sentencia condenatoria, al tenor del inciso 4º del artículo 192 del CPACA, en el evento de ser apelada en debida forma se citará a audiencia de conciliación previa a la concesión del mismo.*

*SEXTO.- La condena se cumplirá en los términos de los artículos 187 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

*SÉPTIMO.- Se condena en costas a la parte vencida, en cuantía equivalente al 0,5% del valor de las pretensiones, de conformidad con lo expuesto. (...)"*

En sustento de la decisión indicó que, si bien, el Decreto 4433 de 2004, vigente para la época de reconocimiento de la pensión de invalidez, no incorporó el subsidio familiar como partida a tener en cuenta para la liquidación de las asignaciones de retiro y pensiones de sobreviviente e invalidez de los soldados profesionales; en aras del derecho a la igualdad, se hace necesario ordenar su incorporación, ya que para los oficiales y suboficiales dicho rubro sí era computable para tales efectos, por lo que había lugar a ordenar la reliquidación en los términos del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, sin que hubiera operado el fenómeno de la prescripción, en tanto que la demanda fue radicada dentro de los tres años subsiguientes al reconocimiento de la pensión de invalidez del actor, quien efectivamente había devengado el subsidio familiar para su esposa e hija.

#### 4. LA APELACIÓN (fl. 86 c. ppal.)

La interpuso el actor alegando que, aunque comparte la declaración de nulidad de los actos administrativos demandados, no está de acuerdo con el

restablecimiento decretado, en tanto que se dispuso con el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, norma que estipula los porcentajes que se deben cancelar a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en la pensión de invalidez, de acuerdo al grado de incapacidad que se le hubiera decretado, pero que no se pueden aplicar al subsidio familiar, porque en dicho decreto no se reconoció ese concepto como partida computable para la liquidación de la prestación y, por tanto, no se reguló el porcentaje en que dicho concepto se debe tener en cuenta para las asignaciones de retiro y las pensiones de invalidez y sobrevivientes, por lo que debe incluirse en su totalidad, esto es, en el 100%..

#### 5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA (fl. 12 c. apel.)

En esta oportunidad sólo intervino la parte accionada a fin de reiterar lo expresado en la demanda y solicitar que el restablecimiento del derecho se ordene en los términos del Decreto 1161 de 2014, por medio del cual se incluyó el subsidio familiar para los soldados profesionales y los infantes de marina profesionales.

#### 6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora delegada ante esta Corporación se abstuvo de emitir concepto en esta instancia.

### II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

#### 1. LA COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra las sentencias de primera instancia dictadas por los Juzgados Administrativos del Circuito de Popayán, de conformidad con lo establecido en el artículo 153 del CPACA.

#### 2. EL EJERCICIO OPORTUNO DE LA ACCIÓN

Como quedó visto, en el presente asunto se reclama la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se negó el reajuste de la pensión de invalidez del actor, con la inclusión del subsidio familiar.

Por ello, dado que el asunto versa sobre una prestación periódica, no resulta aplicable el fenómeno de caducidad en virtud de previsto en el artículo 164, numeral 1, literal “c” del CPACA.

### 3. ASPECTOS PREVIOS

El Consejo de Estado ha reiterado que la competencia del *Ad quem* se encuentra estrictamente limitada a los argumentos que exponen las partes en el respectivo recurso de apelación; de suyo que no puede abarcarse un estudio completo o total del proceso, sino circunscribir su análisis a desatar los planteamientos señalados en la alzada.<sup>1</sup>

Ello se armoniza con lo dispuesto en los artículos 320<sup>2</sup> y 328<sup>3</sup> del Código General del Proceso, según los cuales el juez de segunda instancia debe limitarse a resolver sobre los cargos de la alzada.

### 4. PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo al argumento de apelación y a que no se discute la nulidad de los actos administrativos demandados, consiste en determinar si el reajuste de la pensión de invalidez con inclusión del subsidio familiar, decretado a favor del actor, debe hacerse de acuerdo a los porcentajes establecidos en el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, o si se debe incorporar el valor total de la partida que venía devengando aquél por dicho concepto mientras permaneció en servicio activo.

### 5. EL CASO EN CONCRETO

Como se indicó con anterioridad, en la primera instancia se determinó que Héctor Fabio Martínez Díaz tiene derecho al reajuste de la pensión de invalidez que le reconoció el Ejército Nacional a partir del 28 de febrero de 2014, con la inclusión del rubro de subsidio familiar que devengó durante el servicio para su esposa e hija; sin que frente a ello se haya planteado alguna

---

<sup>1</sup> Criterio adoptado por la Sala Plena de la Sección Tercera en providencia de 9 de febrero de 2012, expediente 21.060, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Así mismo reiterado, entre otras, por la Sección Tercera- Subsección C, consejero ponente: Enrique Gil Botero, sentencias de 11 de julio de 2013, Radicación número: 19001-23-31-000-2001-00757-01(31252) y Radicación número: 05001-23-31-000-1995-01939-01 (30.424), entre otras. Recientemente, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de febrero de 2017, radicado n° 73001-23-33-000-2013-00027-02 (1511-2014), C.P. Dr. William Hernández Gómez.

<sup>2</sup> ARTÍCULO 320. FINES DE LA APELACIÓN. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia: respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 71.

<sup>3</sup>ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. [...]»

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia (...)."

objección, de ahí que el debate en esta instancia no implique determinar la existencia del derecho a favor del demandante.

En concreto, el demandante en su alzada cuestionó el hecho de que el reajuste con la incorporación del subsidio familiar se hubiera ordenado en los términos del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, que regula el “reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez”, entre otros, de los soldados profesionales, ya que a su juicio, debido a que dicha norma originalmente no estableció que tal partida fuera computable para la pensión de invalidez, no puede aplicar en este caso.

Al respecto, se tiene que, según los términos de la Resolución 2961 del 16 de junio de 2014, el actor causó su derecho a la pensión de invalidez el 28 de febrero de 2014, cuando, en virtud del Acta de Junta Médico Laboral No 64453 del 13 de noviembre de 2013, que le decretó una disminución de la capacidad laboral del 100%, se ordenó su retiro del servicio activo.<sup>4</sup>

Por tanto, se comprende que su derecho a la pensión de invalidez se causó en vigencia del Decreto 4433 de 2004, norma que reguló la manera en que se debe liquidar la prestación y que en su artículo 30, precisó:

*“Artículo 30. Reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez. Cuando mediante Junta Médico Laboral o Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, al personal de Oficiales, Suboficiales, Soldados Profesionales y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de las Fuerzas Militares, y de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo, Agentes y personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio de la Policía Nacional se les determine una disminución de la capacidad laboral igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) ocurrida en servicio activo, tendrán derecho a partir de la fecha del retiro o del vencimiento de los tres meses de alta cuando se compute como tiempo de servicio, mientras subsista la incapacidad, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, que será reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional o por la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso, liquidada de conformidad con los porcentajes que a continuación se señalan, con fundamento en las partidas computables que correspondan según lo previsto en el presente decreto:*

*30.1 El setenta y cinco por ciento (75%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) e inferior al ochenta y cinco por ciento (85%).*

*30.2 El ochenta y cinco por ciento (85%), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) e inferior al noventa y cinco por ciento (95%).*

---

<sup>4</sup> Acto obrante a folio 9 del cuaderno principal.

*30.3 El noventa y cinco por ciento (95%) de dichas partidas, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).*

*Parágrafo 1°. La base de liquidación de la pensión del personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio, será el sueldo básico de un Cabo Tercero o su equivalente en la Policía Nacional.*

*Parágrafo 2°. Las pensiones de invalidez del personal de Soldados Profesionales, previstas en el Decreto-ley 1793 de 2000 serán reconocidas por el Ministerio de Defensa Nacional con cargo al Tesoro Público.*

*Parágrafo 3°. A partir de la vigencia del presente decreto, cuando el pensionado por invalidez requiera del auxilio de otra persona para realizar las funciones elementales de su vida, condición esta que será determinada por los organismos médico laborales militares y de policía del Ministerio de Defensa Nacional, el monto de la pensión se aumentará en un veinticinco por ciento (25%). Para efectos de la sustitución de esta pensión, se descontará este porcentaje adicional.”*

No obstante, el anterior artículo fue declarado nulo por el Consejo de Estado mediante sentencia de 28 de febrero de 2013<sup>5</sup>, de manera que, para la época del retiro del actor (28 de febrero de 2014), no era posible aplicarlo para efectos de la liquidación de la pensión de invalidez, sino que era necesario remitirse a la norma anterior. Ese ha sido el entendimiento de esa corporación respecto de los eventos de anulación de normas, así por ejemplo, se puede ver la sentencia de unificación de la Sección Segunda emitida el 25 de abril de 2019, radicado 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19, actor: Julio César Benavides Borja, en la que se indicó:

*“182. 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, 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.”*

En ese sentido, para la liquidación de la pensión de invalidez, en el caso del actor, había lugar a remitirse al Decreto 1796 de 2000<sup>6</sup>, en su artículo 39 contempló:

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Número de Radicación 11001-03-25-000-2007-00061-00(1238-07), M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

<sup>6</sup> "Por el cual se regula la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional, personal civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Militares y personal no uniformado de la Policía Nacional vinculado con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993".

*“ARTICULO 39. LIQUIDACIÓN DE PENSIÓN DE INVALIDEZ DEL PERSONAL VINCULADO PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO Y PARA LOS SOLDADOS PROFESIONALES. Cuando el personal de que trata el presente artículo adquiera una incapacidad durante el servicio que implique una pérdida igual o superior al 75% de su capacidad laboral, tendrá derecho mientras subsista la incapacidad, a una pensión mensual valorada y definida de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional para el efecto, y liquidada como a continuación se señala:*

*a. El setenta y cinco por ciento (75%), del salario que se señala en el párrafo 1o del presente artículo, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al setenta y cinco por ciento (75%) y no alcance el ochenta y cinco por ciento (85%).*

*b. El ochenta y cinco por ciento (85%) del salario que se señala en el párrafo 1o del presente artículo, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al ochenta y cinco por ciento (85%) y no alcance el noventa y cinco por ciento (95%).*

*c. El noventa y cinco por ciento (95%), del salario que se señala en el párrafo 1o del presente artículo, cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%).*

*PARÁGRAFO 1o. La base de liquidación de la pensión del personal vinculado para la prestación del servicio militar obligatorio será el sueldo básico de un cabo tercero o su equivalente en la Policía Nacional.*

*PARÁGRAFO 2o. Para los soldados profesionales, la base de liquidación será igual a la base de cotización establecida en el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales.*

*PARÁGRAFO 3o. Cuando el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral no sea igual o superior al 75% no se generará derecho a pensión de invalidez.*

Como se lee, la disposición en cita estableció que la pensión de invalidez se calcularía a partir del porcentaje correspondiente al grado de incapacidad dictaminado, el cual aplica sobre todas las partidas computables, incluso, sobre aquellas que, como en el presente caso, se ordenaron incorporar a pesar de que originalmente no se contemplaron como factor de liquidación.

Por ello, aunque le asiste razón al actor, en cuanto afirma que el restablecimiento del derecho no se podía ordenar conforme al artículo 30 del

Decreto 4433 de 2003, porque para el 28 de febrero de 2014, cuando se configuró su derecho a la pensión de invalidez, no estaba vigente por haberse nulitado, lo cierto es que no se puede ordenar que la partida de subsidio familiar se incorpore en un 100%; porque el Decreto 1796 de 2000, en el literal “c” de su artículo 39, estableció que la pensión de invalidez se debe liquidar en el *“noventa y cinco por ciento (95%) (...), cuando la disminución de la capacidad laboral sea igual o superior al noventa y cinco por ciento (95%)”*.

Y como al actor se le dictaminó una pérdida de la capacidad laboral del 100%, es claro que, en los términos de la norma aludida, su pensión de invalidez se debe calcular en el 95% de los factores a incorporar.

De ahí que en esta instancia se modifique el restablecimiento ordenado en el numeral segundo del fallo apelado, pero no para ordenar que el subsidio familiar se incorpore en el 100% a la pensión de invalidez, sino para indicar que la inclusión de ese concepto como partida computable para dicha prestación deberá efectuarse por la entidad accionada en los términos del literal “c” del artículo 39 del Decreto 1796 de 2000.

#### 8. COSTAS.

El artículo 188 del CPACA, dispone:

*“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.”*

Por su parte, la disposición del procedimiento civil pertinente, ahora contenida en el artículo 365 del Código General del Proceso, señala:

*ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*3. En la providencia del superior que confirmen todas sus partes la de primera instancia se condenará en costas de la segunda (...).”*

Sin embargo, como el recurso fue parcialmente favorable al actor en lo que atiende a la precisión del régimen bajo el cual debe ordenarse el restablecimiento del derecho, no se impondrá condena en costas por lo actuado en esta instancia.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el NUMERAL SEGUNDO del fallo emitido el 23 de mayo de 2018, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán, el cual quedará así:

*“SEGUNDO.- A título de restablecimiento del Derecho la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – RELIQUIDARÁ la pensión de invalidez del señor HECTOR FABIO MARTINEZ DIAZ, a partir del 28 de febrero de 2014, en los términos del literal “c” del artículo 39 del Decreto 1796 de 2000.”*

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el fallo apelado.

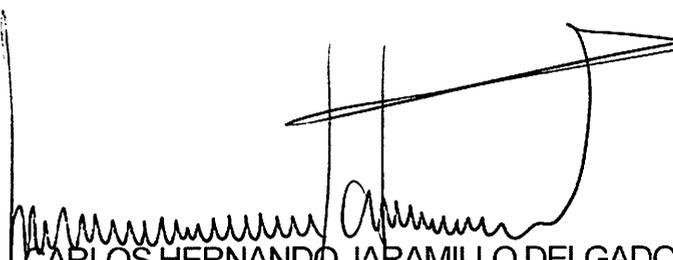
TERCERO: Sin condena en costas por lo actuado en esta instancia.

CUARTO: REMITIR el expediente al Juzgado de origen, para lo de su cargo.

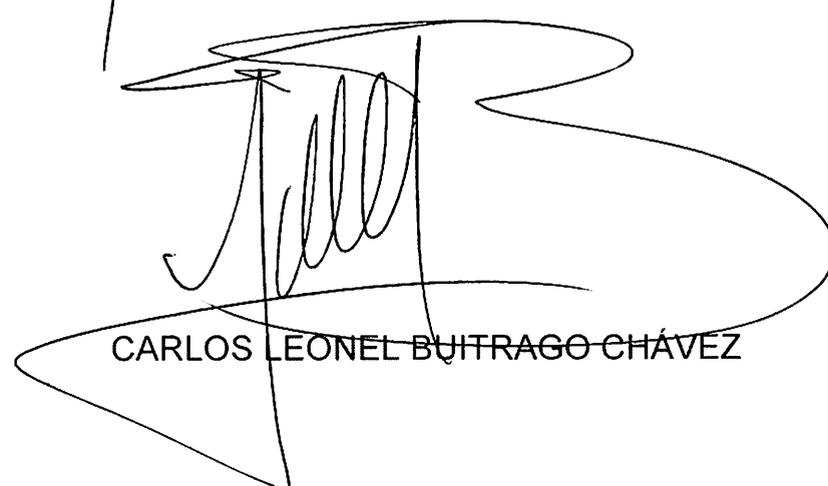
#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia. El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

Los Magistrados,

  
CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO

  
NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ

  
CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ