

13001-33-33-08-2017-00213-01

Cartagena de Indias D. T. y C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil veinte (2020).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-08-2017-00213-01
Accionante	NELSON MANUEL RUDAS CABALLERO Carrera 25a No. 55-68 Medellín, Colombia.
Accionada	MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Notificaciones.bogota@mindefensa.goc.co – cyp@ejercito.mil.com
Tema	RELIQUIDACIÓN PENSIONAL – PENSIÓN DE INVALIDEZ CON INCLUSIÓN DE SUBSIDIO FAMILIAR.
Magistrada Ponente	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

TURNO AL DESPACHO: REITERACIÓN LÍNEA JURISPRUDENCIAL

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar, a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha tres (03) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)¹, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA².

1.1. Hechos relevantes planteados por el accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relatan a continuación:

- Se indica en el libelo que el señor Nelson Manuel Rudas Caballero, prestó su servicio militar obligatorio en las filas de la Armada Nacional,

¹ Folios 142-180 cdr.1

² Folios 1-61 cdr.1



13001-33-33-08-2017-00213-01

y una vez terminado el periodo reglamentario de conformidad con la Ley 131 de 1985, fue incorporado como soldado voluntario.

- Que a partir del primero (01) de noviembre de 2003 por Disposición Administrativa la Armada Nacional lo promovió como soldado profesional, condición que mantuvo hasta su retiro forzoso.
- Que el accionante sufrió una disminución de la capacidad laboral al encontrarse en combate, causando esta el retiro de la Institución Militar.
- Por medio de la Resolución No. 5586 de fecha 09 de Agosto de 2012, se le reconoció la pensión de invalidez al señor Nelson Manuel Rudas Caballero.
- Durante el tiempo que el actor estuvo en servicio activo en la Armada Nacional, en razón de su matrimonio/unión marital de hecho, le fue reconocida una partida de subsidio familiar.
- En la liquidación de pensión por invalidez el Ministerio de Defensa Nacional, no le computó la partida de subsidio familiar al momento de su retiro.
- El señor Nelson Manuel Rudas Caballero presentó petición el día 11 de mayo de 2016 al Ministerio de Defensa Nacional, solicitando se le reconociera como base de liquidación de la pensión de invalidez el 60% del salario básico. Radicando también otra petición, con la finalidad de que se incluyera la partida de subsidio familiar en la liquidación de pensión por invalidez, en el porcentaje que tenía reconocido al momento del retiro.
- El Ejército Nacional niega dichas solicitudes mediante Oficio No. 20165660651031 del 24 de mayo de 2016 y Acto Administrativo No. OFI1635097 del 16 de mayo de 2016, respectivamente.
- El demandante presentó petición el 11 de mayo de 2011, mediante el cual solicitó la correcta liquidación de la prima de antigüedad.
- Mediante Oficio con radicado OFI16-36214 del 16 de mayo de 2016, se negó la reliquidación de la pensión de invalidez.

13001-33-33-08-2017-00213-01

1.2. Las pretensiones de la demanda

La demanda se dirige concretamente a que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- (i) Oficio OFI16-35905 del 16 de mayo de 2016, expedido por el Ministerio de Defensa Nacional, mediante el cual se niega la petición de reliquidación pensional del 40% del salario básico y remite por competencia a la Dirección de Personal del Ejército Nacional.
- (ii) Oficio No. 20165660651031 del 24 de mayo de 2016, mediante el cual la Dirección de Personal del Ejército Nacional negó la reliquidación de la pensión en virtud de la base salarial consistente en el salario mínimo incrementado en un 60% del mismo.
- (iii) Oficio OFI16-35907 del 16 de mayo de 2016, expedido por el Ministerio de Defensa Nacional, mediante el cual se negó la reliquidación de la pensión con la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la pensión de invalidez.
- (iv) Oficio OFI16-36214 del 16 de mayo de 2016, mediante el cual negó la reliquidación de la pensión liquidando correctamente la prima de antigüedad.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho solicita que se condene al Ministerio de Defensa Nacional a:

- (i) Realizar la reliquidación de la pensión por invalidez del señor Nelson Manuel Rudas Caballero, tomando como base de liquidación la asignación básica establecida por el inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 del 14 de septiembre del año 2000.
- (ii) Realizar el reajuste de la pensión por invalidez del demandante con la inclusión de la partida de Subsidio Familiar en la misma proporción que venía percibiendo estando activo.
- (iii) Se reliquide la pensión de invalidez liquidando correctamente la prima de antigüedad en la misma.
- (iv) Realice el pago efectivo e indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de pensión de invalidez, desde el año del reconocimiento de la asignación en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado.



13001-33-33-08-2017-00213-01

- (v) Se realice el pago de los intereses moratorio sobre los dineros provenientes del reconocimiento, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia.
- (vi) Condenar en costas a la entidad demandada.

1.1.1. Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala como normas violadas las siguientes: Constitucionales en su preámbulo y artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 53 y 58.

Aduce la parte accionante que hubo desconocimiento del mandato Constitucional y normales legales que protegen la seguridad social, e igualmente desconoció lo contemplado en las Leyes 131 de 1985, Ley 4 de 1992, los Decretos 1793, 1794 del año 2000, Ley 923 de 2004 y Decreto 4433 de 2004.

Manifiesta la parte demandante, que con la expedición de los Actos Administrativos que se acusan, no se ha garantizado el fin primordial Constitucional, toda vez que la administración no estudio las peticiones elevadas teniendo en cuenta los postulados de la Carta Política y de las normas aplicables para los soldados profesionales.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA³

El MINISTERIO DE DEFENSA, dio contestación a la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, toda vez que existe prescripción de los derechos laborales, ya que el señor Nelson Manuel Rudas Caballero en ningún momento manifestó su inconformidad con el tránsito de soldado voluntario a profesional, solo hasta el 11 de mayo de 2016, fue donde solicitó el reconocimiento de este porcentaje.

Sostuvo que existe prescripción de los derechos laborales porque desde el mismo momento en que empezó el accionante a ser soldado profesional y a recibir su salario, pudo haber instaurado las acciones correspondientes para recibir el porcentaje que señala le fue quitado por la entidad.

Presentó como excepción, las siguientes:

³ Folios 78-83 cdr.1



13001-33-33-08-2017-00213-01

1. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ACUSADO.
2. EXCEPCIÓN DE BUENA FE
3. PRESCRIPCIÓN DE DERECHOS LABORALES
4. LA INNOMINADA.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de fecha treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciocho (2018), el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, y como fundamento expuso que, no fue de recibo el concepto rendido por la parte demandada según la cual, los referidos soldados profesionales, antes voluntarios, no tienen derecho a percibir un sueldo básico equivalente a un salario mínimo incrementado en un 60%, dado que, a su juicio, al vincularse a la planta de personal de las Fuerzas Militares como soldados profesionales, se les aplica íntegramente el régimen propio de los mismos.

Consideró el A-quo que en armonía con lo dispuesto por el artículo 1, inciso 2 del Decreto 1794 de 2000 y la dilucidación realizada líneas arriba, el demandante tiene derecho a que se le reliquide su asignación de retiro, con fundamento en el mismo artículo, tomando como base de liquidación un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, a partir de la fecha de su incorporación como soldado profesional en noviembre de 2003.

Por lo anterior, la sentencia de primera instancia dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: DECLÁRESE la nulidad del Acto Administrativo No. 030326 de fecha 11 de mayo de 2016, mediante el cual el Ministerio de Defensa negó la solicitud del accionante de realizar una reliquidación de la pensión de invalidez.

SEGUNDO: ORDÉNESE a título de restablecimiento del derecho a la entidad accionada a reliquidar la pensión de invalidez del señor Nelson Manuel Rudas Caballero tomando como base de liquidación un salario mínimo incrementado en un 60% del salario mínimo, de acuerdo a lo establecido en el inciso segundo, del artículo 1º del Decreto 1794 del año 2000, desde el reconocimiento pensional.

TERCERO: DECLÁRESE la prescripción del ajuste del valor y el pago de las sumas causadas con anterioridad al 05 de junio de 2012.

CUARTO: La presente sentencia se cumplirá de conformidad con lo establecido en los artículos 187, 189, 192 y 103 del CPACA.

QUINTO: NIÉGUESE las demás pretensiones de la demanda.



13001-33-33-08-2017-00213-01

SEXTO: Condénese en costas a la parte vencida, las cuales se liquidarán por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados. Las agencias en derecho se tasan en un 3% del monto de pretensiones.

SÉPTIMO: Una vez en firme esta sentencia, expídase copias para su cumplimiento, devuélvase a la parte el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso."

4. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte demandante**⁴ interpuso recurso de apelación, solicitando se emita un pronunciamiento sobre la pretensión en la cual se solicita la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la liquidación de la pensión del accionante, toda vez que el A-quo en primera instancia dejó de pronunciarse en la providencia sobre la misma.

En vista de lo anterior y al ser la parte demandante apelante único, esta Magistratura se manifestará sobre los aspectos puestos de presente en el recurso de alzada.

5. TRÁMITE PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA

Con auto de fecha veintiocho (28) de febrero de dos mil diecinueve (2019)⁵, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante. Mediante auto del veintinueve (29) de marzo de dos mil diecinueve (2019)⁶ se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

6. ALEGACIONES

La entidad demandada -MINISTERIO DE LA DEFENSA⁷- presentó alegatos finales, oponiéndose a los argumentos del Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante, por carecer de motivaciones jurídicas o fácticas para lograr una sentencia favorable, teniendo en cuenta que la entidad ha actuado conforme a la normatividad aplicable al caso en concreto.

La Parte Demandante no presentó alegatos de conclusión.

⁴ Folios 152-183 cdr.1

⁵ Folio 4 Cuaderno de segunda instancia.

⁶ Folio 8 Cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folio 12-13. Cuaderno de segunda instancia



13001-33-33-08-2017-00213-01

7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

En el caso concreto, la Sala precisa que limitará el análisis a lo decidido en la sentencia de primera instancia y a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 328 del Código General del Proceso, de conformidad con el cual *“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”*.

2. ASUNTO DE FONDO

2.1. Problema jurídico.

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Determinar si el señor NELSON MANUEL RUDAS CABALLERO, tiene derecho a que se realice un reajuste de su pensión con la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la liquidación de la misma?

13001-33-33-08-2017-00213-01

2.2. Tesis de la Sala

La Sala confirmará el fallo de primera instancia que negó lo relacionado al subsidio familiar como partida computable a la asignación de retiro (aspecto objeto de alzada), ya que el H. Consejo de Estado por sentencia de Unificación Jurisprudencial ha ratificado su posición, indicando que, 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.

De acuerdo a lo probado en el plenario, el señor Nelson Manuel Rudas Caballero sufrió una disminución de la capacidad laboral al encontrarse en combate directo, causando ello el retiro forzoso de la Institución Militar con fecha 05 de junio de 2012, además reconociéndosele mediante la Resolución N° 5586 del 09 de agosto de 2012 la pensión de invalidez, hecho que de igual forma, permite corroborar que causó su derecho a la asignación de retiro antes del mes de julio de 2014, por tal motivo se confirmará la decisión tomada por el A-quo en la Sentencia de primera instancia.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

3.1. Régimen del subsidio familiar aplicable a los miembros de las fuerzas militares.

El artículo 1° de la Ley 21 de 1982 esboza el concepto de subsidio familiar:

“ARTÍCULO 1°. *El subsidio familiar es una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, y su objetivo fundamental consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.*

PARÁGRAFO. *Para la reglamentación, interpretación y, en general, para el cumplimiento de esta ley se tendrá en cuenta la presente definición del subsidio familiar.” (Subrayas fuera del texto).*

El artículo 7° y 13° de la misma Ley, determina quienes son los obligados a pagar esta prestación:

“ARTÍCULO 7°. *Están obligados a pagar el subsidio familiar y a efectuar aportes*



13001-33-33-08-2017-00213-01

para el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA):

1°. La Nación, por intermedio de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias.

2°. Los Departamentos, Intendencias, Comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los Municipios.

3°. Los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las empresas de economía mixta de las órdenes nacional, departamental, Intendencias, distrital y municipal.

4°. Los empleados que ocupen uno o más trabajadores permanentes. Reglamentado por el Decreto Nacional 721 de 2013."

"ARTÍCULO 13°. El Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y los organismos, descentralizados adscritos o vinculados a dicho Ministerio, continuarán pagando el subsidio familiar de acuerdo con las normas especiales que rigen para dichas entidades, pero los aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), escuelas industriales e institutos técnicos, se continuarán pagando de acuerdo con las normas generales."

El Decreto 1794 de 2000 por medio del cual "se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.", determina en su artículo 11 lo siguiente:

"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.

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."

Cabe señalar que, el Decreto 3770 de 2009 "por el cual se deroga el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones", en su artículo 1° aclara como se debe liquidar el subsidio familiar, así:

"Artículo 1°. Derógase el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000.

Parágrafo 1°. 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.

Parágrafo 2°. Aclárese que el valor del subsidio familiar a que se refiere el



13001-33-33-08-2017-00213-01

artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual."

3.2. Inclusión del subsidio familiar como partida computable en la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales.

El H. Consejo de Estado el 25 de abril de 2019 en sentencia de unificación de Jurisprudencia⁸, abordó los siguientes temas: i) naturaleza jurídica de la asignación de retiro; ii) régimen de asignación de retiro de los soldados profesionales; iii) partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados; **iv) reglas para la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales**; v) legitimación de CREMIL para decidir sobre el reajuste de la asignación de retiro; vi) forma de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales; vii) interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; viii) computo de la prima de antigüedad; ix) porcentaje de liquidación de la asignación de retiro de soldados profesionales; e x) inaplicación de los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015.

Así, en relación al aspecto acá debatido, dicha Corporación precisó que en desarrollo de las Leyes 4a de 1992 y 923 de 2004, el Presidente de la República expidió el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014 por medio del cual creó nuevamente el subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales, a partir del 1º de julio de 2014, en los siguientes términos:

"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.

⁸ Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019 dentro del proceso con Rad. Interna No. 1701-2016, C.P. Dr. William Hernández Gómez



13001-33-33-08-2017-00213-01

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 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 y 3770 de 2009, no tendrán derecho a percibir el subsidio familiar que se crea en el presente decreto". (Subraya fuera de texto).

Adicionalmente, en el artículo 5º, 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, así:

"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."
(Destacado fuera del texto)

En la misma fecha, se expidieron disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los soldados profesionales de las Fuerzas



13001-33-33-08-2017-00213-01

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.” (Destacado fuera del texto)

Las normas en comento llevan a concluir que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004⁹, 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 2009¹⁰, y **en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida**¹¹.

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.**

⁹ Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

¹⁰ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

¹¹ Artículo 5 del Decreto 1161 de 2014.



13001-33-33-08-2017-00213-01

De conformidad con lo anterior, el Consejo de Estado unificó jurisprudencia en el sentido de precisar las siguientes reglas sobre la asignación de retiro de los soldados profesionales en cuanto a la inclusión del subsidio familiar de la siguiente manera:

“Primero: Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:

1. En virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:

1.1. Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.

1.2. Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.

2. 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.

3. 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.

(...)

8. Esta sentencia no es constitutiva del derecho por lo que las reclamaciones que se hagan con fundamento en ella quedarán sujetas a las reglas de prescripción.” (Negrita fuera de texto).



13001-33-33-08-2017-00213-01

Finalmente, recordó el valor vinculante y obligatorio de la sentencia y fijó efectos en el tiempo de manera retrospectiva, es decir, que las reglas jurisprudenciales fijadas se deben acoger en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial, salvo en los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

3.3. De la obligatoriedad de las sentencias de unificación

La Ley 1437 de 2011 tiene como finalidad, entre otras, fortalecer las garantías de las personas en los procedimientos administrativos y evitar procesos judiciales innecesarios que congestionen la jurisdicción contenciosa.

Así entonces y en desarrollo del artículo 103 de la Constitución Política, se consolidó la función de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado a fin de garantizar la seguridad jurídica, la coherencia e igualdad en los asuntos administrativos. El artículo 270 del CPACA preceptúa:

*“Para los efectos de este Código se tendrán como **sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado** por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.”* (Negrillas fuera del texto)

A su vez, el artículo 10 de esta misma codificación estableció:

*“**Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.** Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicaran las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos facticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, **deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas**”.* (Negrillas fuera del texto).

La Corte Constitucional en **sentencia C-634 de 24** de agosto de 2011, al examinar la exequibilidad del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, dijo sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia:

“El reconocimiento de la jurisprudencia como fuente formal de derecho, opción adoptada por el legislador en la norma demandada, se funda en una postura teórica del Derecho que parte de considerar que los textos



13001-33-33-08-2017-00213-01

normativos, bien sea constitucionales, legales o reglamentarios, carecen de un único sentido, obvio o evidente, sino que solo dan lugar a reglas o disposiciones normativas, estas sí dotadas de significado concreto, previo un proceso de interpretación del precepto. Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante."

De otra parte, ha señalado la Corte que las autoridades administrativas se encuentran siempre obligadas a respetar y aplicar el precedente judicial para los casos análogos o similares, ya que para estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia, válido para los jueces, quienes pueden eventualmente apartarse del precedente judicial de manera excepcional y justificada.

De lo anterior se concluye por parte de esta Sala, que la función unificadora del Consejo de Estado que nace de la Constitución de 1991 se concreta con la Ley 1437 de 2011, de manera que el margen de interpretación normativa de las autoridades administrativas está sujeto a la interpretación que sobre las normas aplicables al caso se haya hecho por los Altos Tribunales.

4. EL CASO CONCRETO.

4.1. Hechos relevantes

Una vez revisado el expediente, la Sala encuentra como hechos relevantes probados los siguientes:

- El señor Nelson Manuel Rudas Caballero se desempeñó como soldado voluntario desde el 01 de noviembre de 1993 hasta el 13 de agosto de 2003, tal como se observa en la hoja de servicio allegada al expediente.¹²
- El señor Nelson Manuel Rudas Caballero se desempeñó como soldado profesional desde agosto de 2003 hasta junio de 2012, tal como se advierte en la hoja de servicio allegada al expediente.¹³
- El señor Nelson Manuel Rudas Caballero, en los haberes de su última nómina correspondiente al mes de mayo de 2012, recibía \$495.862.50

¹² Folios 59-61 cdr.1

¹³ Folios 59-61 cdr.1



13001-33-33-08-2017-00213-01

mil pesos por concepto de subsidio familiar, aspecto visible en la hoja de servicio allegada al expediente.¹⁴

- Por medio de la Resolución N° 5586 del 09 de agosto de 2012 se reconoció la pensión de invalidez del accionante.¹⁵
- Petición del día 11 de mayo de 2016 de fecha, presentado ante el Ministerio de Defensa Nacional, por medio del cual se solicita reconocer como base de liquidación de la pensión de invalidez el 60% del salario básico.¹⁶
- Que el Ejército Nacional niega dicha solicitud mediante Oficio No. 20165660651031 del 24 de mayo de 2016.¹⁷
- Petición del día 11 de mayo de 2016, presentado ante el Ministerio de Defensa Nacional, por medio del cual se solicita tener en cuenta el subsidio familiar en el porcentaje que tenía reconocido el señor soldado profesional Nelson Manuel Rudas Caballero, como partida computable en la liquidación de su pensión de invalidez.¹⁸
- El Ejército Nacional niega dicha solicitud mediante Acto Administrativo No. OFI1635097 del 16 de mayo de 2016.¹⁹
- El demandante presentó petición el 11 de mayo de 2011, mediante el cual solicitó la correcta liquidación de la primera de antigüedad.²⁰
- Mediante Oficio con radicado OFI16-36214 del 16 de mayo de 2016, se negó la reliquidación de la pensión de invalidez teniendo en cuenta lo referente a la prima de antigüedad del accionante.²¹

10.2. Análisis crítico de las pruebas de cara al marco jurídico

Dentro del proceso en referencia, la parte demandante por medio del recurso de alzada pretende la nulidad del Oficio OFI16-35907 del 16 de

¹⁴ Folios 59-61 cdr 1

¹⁵ Folios 55-58 cdr 1

¹⁶ Folios 37- 40 cdr 1

¹⁷ Fls 41-42 cdr 1

¹⁸ Folios 43-45 cdr 1

¹⁹ Folio 46 cdr 1

²⁰ Folios 47-50 cdr 1

²¹ Folios 51-52 cdr 1



13001-33-33-08-2017-00213-01

mayo de 2016, expedido por el Ministerio de Defensa Nacional, mediante el cual se negó la reliquidación de la pensión con la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la pensión de invalidez.

A título de Restablecimiento del Derecho, pretende que se realice la inclusión de la partida de Subsidio Familiar en la misma proporción que venía percibiendo estando activo y finalmente que se realice el pago efectivo e indexado de los dineros que resulten de la diferencia entre los reajustes solicitados y las sumas efectivamente canceladas por concepto de pensión de invalidez, desde el año del reconocimiento de la asignación en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado.

El juez de primera instancia negó la pretensión relacionada con la reliquidación de la prima de antigüedad y la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la liquidación de la pensión del accionante.

Sin embargo, la parte demandante interpone recurso de apelación, al considerar que el A-quo dejó de pronunciarse en la providencia sobre la inclusión del subsidio familiar como partida computable y es por ello que solo pretende en esta instancia y en virtud del recurso, el cual tituló "**apelación parcial subsidio familiar**", se ordene a la entidad demandada a la reliquidación con inclusión del subsidio familiar como partida computable en la liquidación de la pensión de invalidez.

Para referirse al subsidio familiar, es menester para esta Magistratura traer a colación lo dispuesto por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación Jurisprudencial, toda vez que la Sección Segunda, en sentencia del 25 de abril de 2019, estableció una serie de reglas en relación con la asignación de retiro de los soldados profesionales, así en cuanto al subsidio familiar, el Consejo de Estado en la providencia referida estableció lo siguiente:

"2. 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.

3. Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida



13001-33-33-08-2017-00213-01

computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.²² (Negrillas fuera del texto)

Ahora bien, de acuerdo a la hoja de servicio N° 4-73-141101 del señor Nelson Manuel Rudas Caraballo obrante a folios 59-61 del cuaderno principal, se puede determinar que su fecha de retiro fue el día **5 de junio de 2012** y la Resolución N° 5586 de fecha 9 de agosto de 2012 por medio de la cual se reconoce la pensión de invalidez al accionante, permite ratificar que en efecto causó su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014.

En virtud de lo anterior y al carácter vinculante de las Sentencias de Unificación Jurisprudencial del H. Consejo de Estado, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de la pensión de invalidez del accionante.

Por lo previamente expresado, habrá lugar a confirmarse la decisión de primera instancia específicamente en lo que fue objeto del recurso de apelación incoado, por los motivos señalados en la parte motiva de esta providencia.

Y como consecuencia de lo anterior, debe decirse que no prosperan las excepciones de presunción de legalidad del acto acusado, de buena fe y la excepción innominada formuladas por la parte demandada; sino únicamente lo que tiene que ver con la prescripción, tal como lo declaró el juez de primera instancia.

5. CONDENA EN COSTAS

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación condenará en costas a la parte demandante dentro del presente proceso, las cuales se liquidarán por el Juez de primera instancia.

6. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

²² Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019 dentro del proceso con Rad. Interna No. 1701-2016, C.P. Dr. William Hernández Gómez.



13001-33-33-08-2017-00213-01

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha tres (03) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) por el Juzgado Octavo Administrativo de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo a lo señalado en los artículos 365 y 366 del CGP.

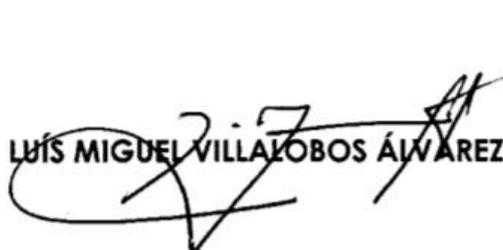
CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS