



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
(Segunda Instancia – Oralidad)

DEMANDANTE: JORGE LUÍS VILLAMIZAR ARRIETA

DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -en  
adelante CREMIL-

RADICADO: 20-001-33-33-001-2017-00300-01

MAGISTRADA PONENTE: DORIS PINZÓN AMADO

### I.- ASUNTO.-

Procede la sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del señor JORGE LUÍS VILLAMIZAR ARRIETA contra la sentencia proferida por el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, de fecha 13 de marzo de 2019, en la que se desestimaron las pretensiones de la demanda.

### II.- ANTECEDENTES.-

Sirven de antecedentes fácticos y jurídicos a la decisión adoptada en primera instancia, los siguientes:

#### 2.1.- HECHOS.-

De acuerdo con lo expuesto en la demanda, el señor JORGE LUÍS VILLAMIZAR ARRIETA prestó sus servicios al Ejército Nacional por un periodo de 20 años.

Señaló que al momento de su retiro, le había sido reconocida por la entidad demandada una partida de subsidio familiar correspondiente al 62,5% de la asignación básica.

Indicó que mediante Resolución No. 259 de fecha 23 de enero de 2015 le fue reconocida asignación de retiro, en la cual se le vienen computando la partida de subsidio familiar en un 18,75% de la asignación de retiro, correspondiendo a un 30% y no al 62,5% que se le había reconocido al momento del retiro.

Finalmente, adujo que presentó derecho de petición solicitándole a CREMIL el incremento del porcentaje de la partida de subsidio familiar, el cual fue resuelto en forma negativa.

#### 2.2.- PRETENSIONES.-

En el proceso que nos ocupa se solicita que se declare la nulidad del acto

administrativo No. 2016-84581 del 21 de noviembre de 2016; y, en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a CREMIL reajustar el porcentaje de la partida de subsidio familiar que se le viene reconociendo en la asignación de retiro del demandante.

### 2.3.- ACTUACIÓN PROCESAL.-

2.3.1.- ADMISIÓN: La demanda fue admitida mediante auto de fecha 4 de octubre de 2017, siendo debidamente notificada a las partes intervinientes y al Ministerio Público.<sup>1</sup>

2.3.2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: La apoderada judicial de CREMIL contestó la demanda mediante escrito de fecha 16 de febrero de 2018, argumentando lo siguiente:

Precisó que el reconocimiento que se hizo a favor del demandante, se efectuó de conformidad con las disposiciones contenidas en el Decreto 1162 del 2014, como se puede evidenciar en la resolución demandada.

Expuso que la normatividad establece taxativamente que el porcentaje del subsidio familiar es de un 30%, sin que exista alguna posibilidad de reconocer porcentajes diferentes a los estipulados.

Propuso como excepciones: i) Inexistencia de fundamento en cuanto al reajuste del porcentaje de la partida de subsidio familiar, (ii) Legalidad de las actuaciones, (iii) No configuración de falsa motivación, y (iv) No configuración de causal de nulidad.

2.3.3.- AUDIENCIA INICIAL: El 26 de febrero de 2019 se realizó la audiencia inicial de que trata el numeral 1° del artículo 180 del C.P.A.C.A., fecha en la cual se adelantaron todas las actuaciones respectivas, hasta escuchar los alegatos de conclusión.

2.3.4.- PRUEBAS: Con el objeto de establecer los hechos y la presunta responsabilidad que recae sobre la entidad demandada, al proceso fueron allegadas las siguientes:

- Fotocopia del derecho de petición de fecha 12 de diciembre de 2016, mediante el cual el demandante solicitó al Director General de CREMIL el reajuste del porcentaje del subsidio familiar en la asignación de retiro. (v.fls.2-3)
- Fotocopia simple de la respuesta de fecha 21 de diciembre de 2016, mediante la cual el Jefe de la Oficina Asesora de Jurídica de CREMIL, negó la solicitud de reajuste de asignación de retiro al demandante. (v.fl. 4)
- Fotocopia simple de la hoja de servicios No. 3-72199757, expedida por la Dirección de Personal del Ejército Nacional, en la que se describen los ingresos y la trayectoria del señor JORGE LUÍS VILLAMIZAR ARRIETA en sus años de servicio activo. (v.fl.5)
- Fotocopia simple de la Resolución No. 259 del 23 de enero de 2015, por medio de la cual CREMIL le reconoció asignación de retiro al demandante. (v.fls.6-7).

<sup>1</sup> Folios 32

- Certificaciones emitidas por CREMIL, relacionadas con las partidas computables y la última unidad donde el demandante prestó sus servicios militares (v.fls.8-9)
- Fotocopia simple de los antecedentes administrativos del acto acusado, allegados por CREMIL (v.fls.41-60)

### 2.3.5.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

2.3.5.1.- La parte demandante manifestó que al no reconocérsele el porcentaje correspondiente al subsidio familiar que devengaba al momento del retiro, es decir 62,5%, se estaría violando el derecho a la igualdad, toda vez que existen soldados a los que se les ha aplicado el Decreto No. 1794.

Indicó que para que no se siga perpetuando la desigualdad en los fallos judiciales, se debe inaplicar el artículo 1º del Decreto 1162, en razón a que es violatorio de derechos fundamentales como el derecho a la igualdad y la protección de la familia.

2.3.5.2.- La parte demandada reiteró que el acto acusado se expidió conforme a lo dispuesto en el Decreto 1162 del 2014, norma que se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico, por lo que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad del mismo.

### 2.3.6.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

El Agente del Ministerio Público no asistió a la diligencia, y por ende no presentó concepto.

## III. SENTENCIA APELADA.-

EL JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR, en sentencia de fecha 13 de marzo de 2019, desestimó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Expuso que en el presente caso no se configuró una violación al derecho de la igualdad y derechos adquiridos del demandante, todo lo contrario, ya que se liquidó su asignación de retiro con aplicación de las normas que regulan la materia, específicamente el Decreto 4433 de 2004.

Estimó que la entidad demandada actuó ajustada a derecho al ordenar incluir en la asignación de retiro del demandante el subsidio familiar en un 30%, por lo que concluyó que no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto acusado.

## IV. RECURSO INTERPUESTO.-

El apoderado de la parte demandante no estuvo de acuerdo con la providencia en cita, ya que consideró que se debe dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad frente al artículo 1º del Decreto 1162 del 2014, toda vez que ocasiona en la liquidación de la asignación de retiro del demandante un tratamiento desigual y discriminatorio frente a los demás miembros de la fuerza pública, a los cuales se les ha reconocido el subsidio familiar en el monto que devengaban en el momento de su retiro.

Indica que no es posible que encontrándose el demandante en la misma situación fáctica de soldados profesionales a los cuales la Jurisdicción de lo Contencioso

Administrativo les ha incluido el subsidio familiar en el 62,5%, se le niegue éste derecho.

Resalta que la disminución del porcentaje del subsidio familiar en la asignación de retiro, de un 62.5% al 18,75%, afecta el mínimo vital necesario para el sostenimiento digno de la familia.

#### V.- ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.-

El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR, mediante auto de fecha 20 de junio de 2019, admitió el recurso interpuesto contra la sentencia proferida por el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR de fecha 13 de marzo de 2019, y ordenó notificar personalmente al Agente del Ministerio Público y por estado a las partes.<sup>2</sup>

Por medio de auto de fecha 18 de julio de 2019, se ordenó correr traslado a las partes por el término común de 10 días para alegar de conclusión y una vez vencido el término anterior, por 10 días al Ministerio Público que emitiera su concepto.<sup>3</sup>

##### 5.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.-

Las partes intervinientes en el proceso no presentaron alegatos de conclusión en esta instancia.

##### 5.2.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

El Agente del Ministerio Público indicó que la sentencia objeto de recurso debe ser revocada, en tanto que la diferencia del porcentaje de la partida computable no tiene justificación constitucional y por el contrario afecta desproporcionalmente las condiciones personales del demandante y su familia, como beneficiarios de la asignación de retiro.

Finalmente conceptuó, que se debe inaplicar por inconstitucionalidad el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y el artículo 1º del Decreto 1162 de 2014, y en consecuencia ordenar a la entidad demandada la inclusión en la asignación de retiro del subsidio familiar en la cuantía percibida por el actor a la fecha de su retiro.

#### VI. CONSIDERACIONES.-

Surtidas las etapas procesales previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para la instancia, procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, de fecha 13 de marzo de 2019, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

##### 6.1.- COMPETENCIA.-

La Corporación es competente para conocer el recurso de apelación propuesto en contra de la sentencia proferida por el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, de conformidad con lo previsto en el artículo 153 de la ley 1437 de 2011, es decir, del Código de Procedimiento

<sup>2</sup> Folio 137.

<sup>3</sup> Folio 140.

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.<sup>4</sup>

## 6.2.- FIJACIÓN DEL LITIGIO.-

De acuerdo con los hechos expuestos en el escrito de apelación, corresponde a esta Corporación determinar si en el presente caso resulta procedente o no la reliquidación de la asignación de retiro del señor JORGE LUÍS VILLAMIZAR ARRIETA, aumentando el porcentaje de la partida denominada subsidio familiar, de un 30% a un 62.5%.

Lo expuesto, con el fin de concluir si la sentencia proferida por el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, debe ser confirmada o revocada.

## 6.3.- CUESTIÓN PREVIA.-

El artículo 18 de la Ley 446 de 1998, establece los requisitos para determinar la prelación para dictar sentencia, lo que implica que resulta obligatorio para los jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin, sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal.

Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden también podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos o a solicitud del agente del Ministerio Público, por su importancia jurídica y trascendencia social.

Atendiendo entonces la naturaleza de este caso, en el que se discuten asuntos relativos a seguridad social en pensiones, se procederá a emitir la sentencia correspondiente, modificando el orden de los procesos que se encuentran en turno para fallo.

## 6.4.- CASO CONCRETO.-

En primera medida, resulta necesario puntualizar que la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, Consejero Ponente Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, en providencia de fecha 25 de abril de 2019, proferida dentro del proceso 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016), unificó su jurisprudencia respecto a la asignación de retiro soldados profesionales, la naturaleza jurídica de la asignación de retiro, el régimen de asignación de retiro de los soldados profesionales, las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados, las reglas para la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales, la legitimación de CREMIL para decidir sobre el reajuste de la asignación de retiro, la forma de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, la interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004., el cómputo de la prima de antigüedad, el porcentaje de liquidación de la asignación de retiro de soldados profesionales, y la inaplicación de los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015.

De la aludida providencia, se destaca lo siguiente:

<sup>4</sup> Competencia de los tribunales administrativos en segunda instancia. Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

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:
  - 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.
  - 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.
- 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>5</sup> para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000<sup>6</sup> y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.
- 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.
- A fin de establecer la asignación mensual como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro según lo dispuesto por el artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, deberá atenderse el artículo 1 del Decreto Ley 1794 de 2000, en su integridad, teniendo en cuenta el salario que le corresponde a los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales, por lo cual:
  - La asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%. Así mismo, habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.
  - Por su parte, la asignación salarial mensual de los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto

<sup>5</sup> Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

<sup>6</sup> El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%.

- Para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro; de la siguiente manera:

$$(\text{salario} \times 70\%) + (\text{salario} \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro.}$$

- La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL tiene legitimación en la causa para reajustar la asignación de retiro de los soldados profesionales, sin que se requiera que previamente se hubiera obtenido el reajuste del salario devengado en servicio activo.
- No son aplicables a los soldados profesionales los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015 para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

Con fundamento en lo anterior, esta Corporación advierte que resolverá el recurso de apelación incoado por la parte demandante, atendiendo a los parámetros contenidos en la sentencia de unificación expuesta previamente.

Aclarado lo anterior, del material probatorio obrante en el expediente se extrae que el señor JORGE LUÍS VILLAMIZAR ARRIETA fue retirado de la actividad militar por tener derecho a la pensión, el 23 de enero de 2015, con el grado de soldado profesional.

Así mismo, se acreditó que el demandante se vinculó al Ejército Nacional como soldado regular (servicio militar obligatorio), el 14 de enero de 1994; posteriormente, pasó a ser soldado voluntario el 17 de julio de 1995, para finalmente convertirse en soldado profesional el 1º de noviembre de 2003.

De conformidad con la hoja de servicios del demandante, al momento de su retiro devengaba el subsidio familiar.

Teniendo en cuenta que el soldado profesional demandante causó su derecho a la asignación de retiro después de julio de 2014, tiene derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, en el porcentaje del 30% ya que al momento de su retiro estaba devengado dicho beneficio, y no por el monto que percibía al momento de su retiro, tal como lo solicita el recurrente.

En síntesis, la decisión apelada se encuentra ajustada a los parámetros contenidos en la sentencia de unificación emitida por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, Consejero Ponente Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, el 25 de abril de 2019, dentro del proceso 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016).

Lo anterior, conducirá necesariamente a que sean despachados desfavorablemente los argumentos expuestos por el apoderado judicial del señor JORGE LUÍS VILLAMIZAR ARRIETA, en el recurso de apelación incoado en contra de la providencia emitida por el A quo.

## 6.5.- DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.-

De conformidad con lo expuesto, esta Corporación CONFIRMARÁ la sentencia proferida por el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, de fecha 13 de marzo de 2019, en la que se negaron las súplicas incoadas en la demanda de la referencia.

## 6.6.- CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.-

Al respecto, la Sala de Decisión acudirá al de causación, en la medida que el artículo 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>7</sup>, impone al juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe resultar de analizar diversos aspectos, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del Código General del Proceso<sup>8</sup>.

En este orden, la Sala observa que al efectuar la valoración de las pruebas obrantes en el proceso, no existe ninguna que sugiera causación de expensas distintas a los gastos ordinarios del proceso, que son completa responsabilidad del demandante, razón que al margen de la conducta de las partes, sugiere que no procede su imposición al vencido, por lo que no se condenará en costas en este proceso.

## DECISIÓN.-

En mérito de lo expuesto, esta Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## RESUELVE:

**PRIMERO: CONFÍRMESE** la sentencia proferida por el JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR, de fecha 13 de marzo de 2019, de conformidad con la sentencia de unificación expuesta previamente.

<sup>7</sup> «Artículo 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>8</sup> «Artículo 365. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

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

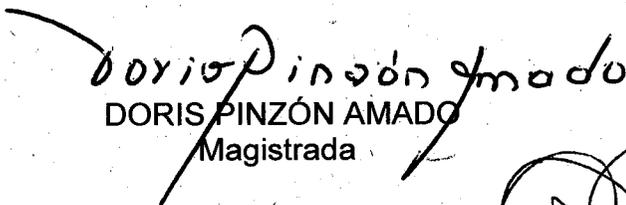
9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo, podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.» (Negritas y subrayado fuera del texto original).

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

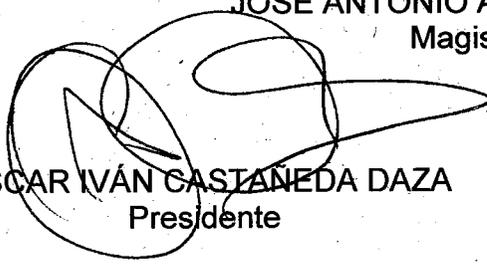
TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

ANÓTESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Éste proveído fue discutido y aprobado en reunión de Sala de decisión efectuada en la fecha. Acta No. 109.

  
DORIS PINZÓN AMADO  
Magistrada

  
JOSÉ ANTONIO APONTE OLIVELLA  
Magistrado

  
OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA  
Presidente