



República de Colombia
Rama Judicial
Tribunal Administrativo del Tolima
Mag. José Aleth Ruiz Castro

Ibagué, veintiuno (21) de abril de dos mil veintidós (2022)

Magistrado Ponente:	JOSE ALETH RUIZ CASTRO
Ref. Expediente:	73001-33-33-002-2019-00203-01
Numero Interno:	597/2021
Medio de Control:	RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	CESAR AUGUSTO ARENA MOSCOSO
Demandado:	MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL.

I- ASUNTO A DECIDIR

De conformidad con lo establecido en los artículos 153 y 243 del C.P.A.C.A., procede esta Sala Oral a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del extremo activo contra la sentencia del 30 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

II- ANTECEDENTES

1. Declaraciones y Condenas¹

“Primero: Se declare la nulidad del oficio No.OF117-64942 de agosto 8 de 2017, expedido por la Nación-Ministerio de Defensa Nacional, y nulidad parcial de la resolución No. 5475 de Octubre (sic) 31 de 2014, proferida por el Ministerio de Defensa Nacional, en la que reconocen la Pensión de Invalidez, y no incluyó la partida del Subsidio Familiar como partida computable, de conformidad con lo determinado en el Decreto 1161, 1162 de 2014, artículo 5º y 13 de la Ley 923 de 2004, reglamentado por el Decreto 4433 de 2004. Ley 21 de 1982, Artículos 13, 29 y 42 de la Constitución Política de Colombia, esta actuación afectó de manera grave, sus derechos fundamentales Constitucionales, al mínimo vital, a la igualdad, al trabajo a la dignidad humana, y al debido proceso administrativo.

Segundo: Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos señalados y acusados, condenar a la entidad demandada Nación Ministerio de Defensa Nacional, a reconocer, reliquidar y pagar a título de restablecimiento del derecho a favor del Soldado Profesional Retirado CESAR AUGUSTO ARENA MOSCOSO, identificado con la cedula de No. 6.019.574 de Valle de San Juan, la reliquidación de sus prestaciones Sociales en su Pensión de Invalidez, incluyendo como partida computable el subsidio familiar en el porcentaje determinado en el Decreto 1161, 1162 de 2014, artículo 5º y 13 de la Ley 923 de 2004, reglamentado por el Decreto 4433 de 2004. Ley 21 de 1982, es decir aumentando en un treinta (30%) de su sueldo Básico legal mensual vigente.

¹ Ver Expte Juzgado – C.Ppal – Fls 4

Tercero: Que se reajuste y se incremente se Pensión de Invalidez, con el valor de la Partida del Subsidio Familiar, determinado en el Decreto 1161, 1162 de 2014, es decir aumentado en un treinta (30%) de su sueldo Básico legal mensual vigente.

Cuarto: Que el valor de la diferencia resultante dejada de pagar se indexe de conformidad con lo señalado en el artículo 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”

2.- Fundamentos fácticos²

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los hechos que son susceptibles de sintetizarse así:

- El señor Cesar Augusto Arena Moscoso, prestó sus servicios en el Ejército Nacional como Soldado Profesional, desde el 15 de septiembre de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2013, es decir, por un periodo de 11 años.
- Mediante Resolución 5474 de 31 de octubre de 2014, el Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa, reconoció la pensión de invalidez del señor Arena Moscoso, sin la inclusión del subsidio familiar.
- En sentir del apoderado de la parte actora, su prohijado tiene derecho a la inclusión de dicha partida, por cuanto tiene conformado su núcleo familiar con su esposa Jennifer Paola Camacho Buitrago, desde el año 2009 y además, porque de dicha unión se procrearon sus menores hijos Cesar David y María Salomé Arena Camacho.

3.- Contestación de la demanda³

Dentro del término legal conferido, el apoderado judicial de la entidad accionada contestó el libelo introductorio oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que las mismas carecen de sustento fáctico y jurídico.

Luego de citar las disposiciones normativas y jurisprudenciales relacionadas con el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza pública, indicó que la liquidación de la pensión de invalidez del demandante se había realizado conforme lo preceptuado en el artículo 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, en el cual se establecen las partidas computables para la liquidación de la pensión de invalidez del personal de las Fuerzas Militares, sin que el actor tuviese derecho a la inclusión del subsidio familiar en su prestación pensional, pues las citadas normas no contemplaron dicha partida para tales efectos.

Precisó que conforme a lo señalado en el artículo 13 *ibidem*, las partidas computables para la asignación de retiro o pensión de invalidez de los Soldados Profesionales, corresponden únicamente al salario básico y la prima de antigüedad, además indicó, que en dicha normativa se prohíbe la inclusión de primas, subsidios, bonificaciones, y compensaciones, por tal razón concluyó que no era viable la inclusión del subsidio familiar peticionado por el demandante.

² Ver Expte Juzgado – C.Ppa. – fls 4-8

³ Ver Exte Juzgadi- C.Ppal – fls 96-111

Por último, expresó que, conforme a la Sentencia de Unificación de 25 de abril de 2019 del Consejo de Estado, se dispuso que el subsidio familiar no era partida computable para las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales causadas con anterioridad al mes de julio de 2014.

4. La sentencia apelada⁴.

Lo es la proferida el 30 de junio de 2021 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

Argumentó que al Soldado profesional Cesar Augusto Arena Moscoso, le fue reconocida la pensión de invalidez mediante Resolución No 5475 de 31 de octubre de 2014, con efectos a partir del 30 de marzo de 2013, y en ella se tuvieron en cuenta como factores salariales únicamente el sueldo básico y la prima de antigüedad, conforme los parámetros señalados en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; así mismo indicó que conforme a la hoja de servicios allegada al proceso, se advertía que el demandante no había devengado en actividad prima de servicios.

Aseveró que era claro que el Decreto 4433 de 2004 no había incluido como partida de la asignación de retiro y pensión de invalidez de los Soldados Profesionales el subsidio familiar, por lo se venía incluyendo dicho factor por vía judicial inaplicando tal disposición; sin embargo, a partir de la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 se entendió modificado el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, y con ello, incluido el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales a partir del mes de julio de 2014.

Precisó que el derecho pensional y el retiro del demandante se causó cuando aún no habían entrado en vigencia los Decretos 1161 y 1162 de 2014, por lo cual, y conforme los parámetros establecidos en la Sentencia de Unificación de 25 de abril de 2019, el mismo no tiene derecho al reconocimiento del subsidio familiar como partida computable en la pensión de invalidez, máxime cuando éste nunca devengó en actividad la citada prestación.

6.- El recurso de apelación⁵

Oportunamente la apoderada judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la providencia de primer grado, solicitando que la misma sea revocada, para que en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

Adujo que la pensión de invalidez del demandante fue reconocida mediante Resolución No 5475 de 31 de octubre de 2014, y que a partir de ese momento nació a la vida jurídica el derecho al subsidio familiar; así mismo señaló que en el acto de reconocimiento pensional no fue incluida dicha prestación, pese a que el actor tenía conformado su núcleo familiar desde que se encontraba en actividad en dicha institución.

Reiteró que la pensión de invalidez del Soldado Profesional Cesar Augusto Arena Moscoso, había sido reconocida en el mes de octubre de 2014, por lo cual sostuvo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 1161 de 2014, a éste le asistía derecho a que en su prestación pensional se le incluyera el subsidio familiar.

⁴ Ver Expte Juzgado – archivo 7

⁵ Ver Expte Juzgado -archivo 9

Finalmente trajo en cita algunos de los principios rectores establecidos en el Decreto 4433 de 2004, relacionados con las garantías de los derechos adquiridos, los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera y solidaridad.

III- TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del 28 de enero de 2022 se admitió el recurso interpuesto por el apoderado del extremo activo, sin que ninguno de los sujetos procesales se hubiese manifestado sobre el mismo, y como quiera que no se requirió la práctica de pruebas, se omitió correr traslado a las partes en los términos señalados en el numeral 5 del Artículo 247 del C.P.A.C.A.

IV- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1.- Sobre la competencia

Es competente esta colegiatura para desatar la impugnación contra la sentencia de primer grado, según voces de los arts. 153 y 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al definir en su orden que corresponde a los Tribunales Administrativos en segunda instancia conocer de las apelaciones contra las sentencias de primera instancia proferidas por los jueces administrativos.

2.- El Problema Jurídico

En términos de la apelación, el problema jurídico consiste en determinar si el demandante tiene derecho a que se incluya la partida denominada **subsidio familiar** en su pensión de invalidez, teniendo en cuenta que su derecho a dicha prestación pensional surgió en vigencia del Decreto 4433 de 2004.

3. Marco Normativo y Jurisprudencial.

3.1. De la Pensión de Invalidez del personal de la Fuerza Pública

El artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, estableció para Personal de Oficiales, Suboficiales y soldados de las Fuerzas Militares y Oficiales, Suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Policía Nacional y alumnos de las escuelas de formación, el reconocimiento de una pensión de invalidez a quienes se les determine una disminución de la capacidad laboral así:

“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%). 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”.*

Dicho artículo fue declarado nulo parciamente, mediante sentencia de 28 de febrero de 2013, Rad: 1100103250020070006100, al exigir como mínimo un 75% de discapacidad física para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Por su parte el artículo 13 *ibidem* 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 el reconocimiento de las asignaciones de retiro, pensiones o sustituciones pensionales. El citado artículo dispone:

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:*

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

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.

Como se advierte, dicha disposición normativa no estableció el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, toda vez que estos, no realizaron aportes sobre dicho factor salarial para efectos del reconocimiento de su asignación de retiro o pensión de invalidez, tal como se advierte en el artículo 18 *ibidem*⁶.

Luego el Gobierno Nacional, expidió el Decreto 1161 de 2014⁷, que creó el subsidio familiar a los soldados profesionales e infantes de marina profesionales que no percibieran dicha partida de conformidad con los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, la citada norma dispuso:

ARTÍCULO 1º. Subsidio Familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales. Créase, a partir del 1º de julio del 2014, para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no perciben el subsidio familiar regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, así:

a. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente, más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c. de este artículo.

b. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales viudos siempre y cuando hayan quedado a cargo de los hijos habidos dentro del matrimonio o dentro de la unión marital de hecho, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c. del presente artículo.

c. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo. En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por

⁶ **ARTÍCULO 18.** Aportes de soldados profesionales de las Fuerzas Militares. Los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:

18.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer salario mensual, como aporte de afiliación.

18.2 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.

18.3 Sobre el salario mensual y la prima de antigüedad, un aporte mensual del cuatro punto cinco por ciento (4.5%) hasta el 31 de diciembre de 2004, porcentaje que se incrementará en cero puntos veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1º de enero de 2005 y, adicionalmente, otro cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1º de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%).

El aporte sobre la prima de antigüedad fijado en el presente numeral se liquidará sobre los porcentajes que se señalan a continuación de acuerdo con el tiempo de servicio así:

18.3.1 Ciento por ciento (100%) durante los primeros cinco (5) años.

18.3.2 Ochenta y seis puntos tres por ciento (86.3%) durante el sexto (6) año.

18.3.3 Sesenta y nueve puntos uno por ciento (69.1%), durante el séptimo (7) año.

18.3.4 Cincuenta y siete puntos seis por ciento (57.6%), durante el octavo (8) año.

18.3.5 Cuarenta y nueve puntos tres por ciento (49.3%) durante el noveno (9) año.

18.3.6 Cuarenta y tres puntos dos por ciento (43.2%) durante el décimo (10) año.

18.3.7 El treinta y ocho puntos cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante.

⁷ Por el cual se crea el subsidio familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales y se dictan otras disposiciones

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.

(....)

En el artículo 5 del citado Decreto, se estableció, que partir del mes de julio del 2014, el subsidio familiar se tendría 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, en un 70% del valor que se devengue en actividad.

Igualmente, el Decreto 1162 de 2014⁸ ordenó incluir como partida computable el subsidio familiar a quienes de conformidad con los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009 se encontraban devengándolo. En este caso se incluirá en el 30% de lo devengado.

- De la sentencia de Unificación de 25 de abril de 2019.

En relación con los Decretos 1161 y 1162 de 2014, el H. 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.

Respecto de la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro de los Soldados profesionales de conformidad con los citados Decretos, la sentencia de unificación concluye:

“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 el 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 percibían tal partida.*

18.6. 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 sólo 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 lo contemplara.

⁸ Por el cual se dictan disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares.

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 en el momento de su retiro estén devengando el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 y, en un porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida (Resalta la Sala).

Así mismo se indicó en la citada providencia:

“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 definida en la ley o decreto como tal...” (Subrayas extra texto).

De acuerdo al criterio jurisprudencial expuesto, se tiene que los soldados e infantes de marina profesionales que adquieran el derecho a la asignación de retiro y pensión de invalidez en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, tendrán derecho a la inclusión del subsidio familiar así: i) Si el subsidio familiar ya había sido reconocido con ocasión al Decreto 1794 de 2000 se tendrá en cuenta en el 30% de lo devengado en actividad; ii) Si el subsidio familiar no había sido reconocido se le tendrá en cuenta en un porcentaje del 70%.

Ahora bien, 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 había de observarse la citada sentencia de unificación, al respecto precisó:

“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%. (...)

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 que así lo contemplara”
(Resalta la Sala)*

4- Caso concreto.

4.1 De las pruebas allegadas al proceso.

- Hoja de servicios del Soldado Profesional Cesar Augusto Arena Moscoso.⁹
- Resolución No 5475 de 31 de octubre de 2014, por medio de la cual, el Ministerio de Defensa, reconoció al señor Cesar Augusto Arena Moscoso, la pensión mensual de invalidez, con efectividad a partir del 30 de marzo de 2013.¹⁰
- Petición radicada el pasado 31 de julio de 2017, por medio de la cual el accionante, solicitó al Ministerio de Defensa- Grupo de Prestaciones Sociales, la inclusión subsidio familiar como partida computable para su pensión de invalidez¹¹
- Oficio No OF117-64942 de 08 de agosto de 2017, por medio del cual la entidad accionada despachó desfavorablemente la anterior petición¹².

4.2 Análisis sustancial

Precisado lo anterior, se advierte que el apoderado judicial de la parte actora solicitó que se revoque la providencia censurada, en cuanto negó las pretensiones de la demanda, al considerar que su prohijado tiene derecho a que la partida denominada subsidio familiar, sea incluida como partida computable en su pensión de invalidez, pues consideró que su reconocimiento pensonal se produjo en el mes de octubre de 2014, circunstancia que lo hacía acreedor de la inclusión del factor pretendido, de acuerdo con lo preceptuado en los decretos 1161 y 1162 de 2014.

Tal como se advierte en la hoja de servicios allegada el expediente, el señor Cesar Augusto Arena Moscoso, estuvo vinculado con el Ejército Nacional, por un periodo de 11 años 6 meses y 29 días, prestando sus servicios, así: i) Servicio militar obligatorio, desde el 16 de agosto de 2001 hasta el 30 de agosto de 2002; ii) Soldado profesional, desde el 15 de septiembre de 2002 hasta el 30 de marzo de 2013; igualmente se advierte que, en el último año de servicios, el demandante devengó los siguientes emolumentos: Sueldo básico, prima de antigüedad, seguro de vida subsidiado y bonificación de orden público SP.

Así mismo, se encuentra acreditado en el plenario, que mediante Resolución No 5475 de 31 de octubre de 2014, la entidad accionada dispuso el reconocimiento de la pensión de invalidez del señor Cesar Augusto Arena Moscoso, en cuantía de \$589.500 y con efectividad a partir del 30 de marzo de 2013; en las consideraciones de citada resolución se indicó: *“Que el ex Soldado Profesional del Ejército Nacional, Arena Moscoso Cesar Augusto, le fue practicada Acta de Junta Medica Laboral No 34021 de noviembre 09 de 2009 (...) modificada mediante Acta de Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar*

⁹ Ver Expete Juzgado- C.Ppal – fl 82

¹⁰ Ver Ex'pete Juzgado – C.PPal -fls 30-33

¹¹ Ver Ex'pete Juzgado – C.PPal -fls 19-25

¹² Ver Ex'pete Juzgado – C.PPal -fls 28-29

y de Policía No 341 del 02 de febrero de 2011 y Acta de Junta Médico Laboral de Retiro de 30 de enero de 2014, que le determinó una disminución de la capacidad laboral acumulada total del 54,5% por afección considerada enfermedad común, su retiro se produjo el 30 de marzo de 2013”

Ahora bien, como se indicó en capítulos precedentes, la inclusión del subsidio familiar como factor o partida computable en la asignación de retiro o pensión de invalidez de los Soldados profesionales, fue incluida tan solo hasta la expedición de los decretos 1161 y 1162 de 2014, pues con anterioridad a dicha fecha no existía disposición legal que así la contemplara.

En efecto y conforme a las disposiciones legales y jurisprudenciales anotadas en precedencia, solo los Soldados e Infantes de Marina profesionales que adquieran el derecho a la asignación de retiro o pensión de invalidez a partir del mes de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, pues fue a partir de ese año que tal partida se consagró por el legislador como computable para el reconocimiento de la asignación de retiro.

Así las cosas, y tal como acertadamente lo indicó el Juez de instancia, el aquí demandante, no tiene derecho a que la partida subsidio familiar sea incluida en su pensión de invalidez, pues si bien el reconocimiento de la prestación pensional se hizo con posterioridad al mes de julio de 2014, esto es, a través de la Resolución 5475 de 31 de octubre de 2014, la consolidación del derecho surgió mucho antes de la expedición de la citada fecha, pues la pérdida de la capacidad laboral que dio origen a la prestación pensional del hoy demandante fue dictaminada, mediante Acta de Junta Médico Laboral de Retiro de 30 de enero de 2014, es decir, con anterioridad a la fecha condicionada para el reconocimiento de la prestación que se discute; aunado a lo anterior, el reconocimiento de la pensión de invalidez se hizo efectivo a partir del 30 de marzo de 2013, fecha esta en la cual se produjo el retiro del servicio del demandante.

Por lo tanto, no es posible el reconocimiento de dicho subsidio como partida computable para la pensión de invalidez, pues como ya se dijo, fue sólo a partir del 1 de junio de 2014, con la entrada en vigencia del Decreto 1162 de 2014, mediante el cual se ordenó el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez de los Soldados e Infantes de Marina profesionales.

En las condiciones anteriores, la Sala CONFIRMARÀ en su integridad la sentencia impugnada, al encontrarla asustada al ordenamiento jurídico.

5. La Condena en Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

A su turno, el artículo 365 del C.G.P., fija las reglas para la condena en costas, previendo de forma especial en el numeral 3º: *“En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de segunda instancia”*.

No obstante lo anterior, la Sala se abstendrá de condenar en costas de segunda instancia al no aparecer causadas, pues no se advierte actuación alguna en esta instancia por parte del apoderado de la entidad accionada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima, Sala Oral de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada, proferida el 30 de junio de 2021 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

En firme esta decisión, devuélvase las diligencias al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


ANGEL IGNACIO ALVAREZ SILVA


BELISARIO BELTRAN BASTIDAS


JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de la fecha, y se suscribe mediante firma escaneada, en cumplimiento de las medidas de aislamiento preventivo obligatorio decretadas por el Gobierno Nacional a través del Decreto 457 de 2020, con el fin de evitar la propagación de la enfermedad Covid-19 – coronavirus- en Colombia, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020.

Firmado Por:

Jose Aleth Ruiz Castro
Magistrado
Oral 006
Tribunal Administrativo De Ibague - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **79549c923ad9107bf1eb08a8175e7408e92351ea5aa4ef8643ca408cfac8161b**
Documento generado en 25/04/2022 04:52:48 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>