



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, doce (12) de mayo de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE:	PEDRO ANTONIO RODRÍGUEZ PEDRAZA
DEMANDADO:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
REFERENCIA:	152383333003-2017-00007-01
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	RELIQUIDACIÓN ASIGNACIÓN DE RETIRO SOLDADO PROFESIONAL – PORCENTAJE SUBSIDIO FAMILIAR
ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la entidad demandada, contra la sentencia de primera instancia proferida en audiencia inicial el 26 de octubre de 2018 por el Juzgado Tercero Administrativo Transitorio Oral del Circuito de Duitama, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

1.1. DEMANDA

1.1.1. Declaraciones y condenas (fl. 2)

El señor **PEDRO ANTONIO RODRÍGUEZ PEDRAZA**, a través de apoderado, acudió ante esta jurisdicción en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, a fin de que se declare la nulidad del acto administrativo No. 29594 del 3 de mayo de 2017, por medio del cual CREMIL le negó el reajuste del porcentaje de la partida de subsidio familiar en la asignación de retiro.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que **i)** se condene a la entidad demandada al reajuste del **porcentaje del subsidio familiar** que se le está computando en la asignación de retiro, en la misma proporción que la venía percibiendo en servicio activo, esto es, del **62,5%**; que **ii)** se ordene el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre el reajuste solicitado y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro hasta la fecha en que sea reconocido el derecho; que **iii)** se

ordene el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento, dejados de percibir desde el momento en el que se generó el derecho de la asignación de retiro, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en los artículos 192 y 195 del CPACA; que **iv)** se ordene a la demandada al pago de gastos y costas procesales, así como de las agencias en derecho; y que **v)** se dé cumplimiento a la sentencia que ponga fin a la presente acción, conforme a lo señalado en los artículos precitados.

1.1.2. Fundamentos fácticos (fls. 3-4)

El apoderado del demandante, indicó que el Soldado Profesional **PEDRO ANTONIO RODRÍGUEZ PEDRAZA**, prestó sus servicios profesionales en el Ejército Nacional durante 20 años y que hasta el momento del retiro devengó el subsidio familiar en cuantía del **62,5%** de la asignación básica.

Señaló, que mediante Resolución No. 1235 del 22 de febrero de 2017, **CREMIL** le reconoció asignación de retiro al actor, incluyendo como partida el subsidio familiar en la suma de \$155.403, cuando en servicio activo devengada dicha partida en la suma de \$222.004.00

Relató que el demandante elevó petición ante **CREMIL**, con radicación No. 20170029594 del 7 de abril de 2014, solicitando el incremento del porcentaje de la partida de subsidio familiar que se viene computando en la liquidación de la asignación de retiro.

Manifestó que la entidad accionada atendió su petición de manera negativa, a través del acto administrativo enjuiciado.

1.1.3. Fundamentos de derecho (fls. 5-18)

Consideró como preceptos normativos violados los siguientes:

Constitucionales: Preámbulo y artículos 1º, 4, 13, 42 y 53.

Legales: Artículos 2 y 2.7 de la Ley 923 de 2004 y artículos 2 y 5 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 51-55)

Dentro de la oportunidad concedida para el efecto, el apoderado de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL**, allegó escrito de contestación oponiéndose a la totalidad de las pretensiones de la demanda, para lo cual señaló como argumentos de defensa los siguientes:

- Existencia del reconocimiento e inclusión del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro: Indicó que a través del Decreto 1161 del 24 de junio de 2014, se ordenó el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro de los soldados profesionales e infantes de marina de las Fuerzas Militares, disposición que fue cumplida plenamente por CREMIL (subsidio **familiar 23%**), tal como se evidencia en el acto de reconocimiento de la asignación de retiro a favor del demandante.
- No configuración a la violación del derecho a la igualdad: Destacó que conforme al pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-387 de 1994, el principio de igualdad se predica solo entre iguales y en este caso, fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, a través del Decreto 4433 de 2004.
- Legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. Correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes: Manifestó que CREMIL es el encargado de reconocer y pagar asignaciones de retiro y pensión de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho, con sujeción a la normatividad aplicable y vigente a la fecha de reconocimiento. Aclaró que conforme al artículo 217 inciso 3 de la Constitución Política, los miembros de las FFMM hacen parte de un régimen especial y en desarrollo de tal precepto se han expedido distintos decretos encontrándose vigente el Decreto 4433 de 2004.
- No configuración de causal de nulidad: Consideró que los actos administrativos demandados no están inmersos en ninguna causal de nulidad contemplada en el artículo 137 del CPACA, por el contrario, las actuaciones realizadas por CREMIL se ajustan a la normatividad vigente aplicable a los miembros de las Fuerzas Militares.
- No procedencia de la causal de Falsa Motivación en las actuaciones de CREMIL: Indicó que la entidad ha actuado conforme a la ley y que los actos enjuiciados se encuentran amparados bajo la presunción de legalidad, por tal razón, advirtió que deben desestimarse las pretensiones de la demanda.

1.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo Transitorio Oral del Circuito de Duitama, mediante sentencia proferida en audiencia inicial el 26 de octubre de 2018, resolvió (fls. 99-122 y CD fl. 123):

“PRIMERO: Inaplicar por inconstitucional e ilegal para el caso concreto, el artículo 5° del Decreto 1161 de 2014, por vulnerar el principio constitucional de igualdad del actor, así como los principios rectores consagrados en la Ley 923 de 2004, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del oficio No. 29594 del 3 de mayo de 2017, expedido por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, mediante el cual negó el reajuste de la asignación de retiro del Soldado Profesional PEDRO ANTONIO RODRÍGUEZ PEDRAZA, con la inclusión del subsidio familiar en el porcentaje que devengaba a la fecha de retiro del servicio, por las razones expuestas.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del Derecho se ordena a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a reliquidar y pagar la asignación de retiro del señor soldado profesional (R) PEDRO ANTONIO RODRÍGUEZ PEDRAZA identificado con C.C. 91.347.332, **a partir del 30 de marzo de 2017**, incluyendo el subsidio familiar como partida computable, en el mismo porcentaje en que la venía percibiendo en actividad al momento de su retiro, descontando las sumas que le hayan sido canceladas.

CUARTO: Sobre el reajuste de la asignación de retiro ordenada en el numeral anterior, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente por concepto de aportes a seguridad social y demás a que haya lugar.

QUINTO: Condenar a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a pagar la indexación de las sumas adeudadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 192 incisos 2 y 3 de la Ley 1437 de 2011, para lo cual se tendrá en cuenta la fórmula de matemática financieras acogida por el Consejo de Estado:

$$R = RH \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

(...)

SÉPTIMO: Sin costas.

(...)"

Para adoptar tal determinación, el juez de primera instancia encontró acreditado que al actor le fue reconocido el subsidio familiar en cuantía del 23% sobre la asignación básica, esto es, en los términos del artículo 5° del Decreto 1161 de 2014.

Así, indicó que el artículo 2° de la Ley 923 de 2004, estableció como principios fundantes del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública la igualdad y la equidad, sin distingo de su rango, jerarquía o cualquier otra condición, postulado que fue retomado en el artículo 3° del Decreto 4433 de 2004.

Con base en ello, el *a quo* consideró que las disposiciones establecidas en el artículo 1° del Decreto 1161 de 2014 para liquidar la partida del subsidio familiar en las asignaciones de retiro y pensiones de los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, en un **70%** de lo que se devengaba en actividad por dicho subsidio, establece un trato discriminatorio a la luz de la Constitución y diferenciado de manera injustificada frente a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, quienes en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, tienen derecho a que se les tenga en cuenta el subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro (esto es en un 100%).

En consecuencia, consideró procedente dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad incorporada en el artículo 4° Superior, la cual impone a los funcionarios encargados del estudio de una norma jurídica, la obligación de inaplicarla en el estudio de un caso particular y concreto, cuando se advierta que entre dicha norma y la Constitución se presenta incompatibilidad.

Finalmente, señaló que de conformidad con el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, los derechos salariales y prestacionales prescriben al cabo de 4 años, fenómeno que no sucedió en este caso, pues la asignación de retiro le fue reconocida al actor el 22 de febrero de 2017 y la petición ante CREMIL la elevó el 7 de abril del mismo año.

1.4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN (CD fl. 123 – Min. 00:56:37)

Inconforme con la decisión de primera instancia, la **entidad demandada – CREMIL**, apeló la sentencia solicitando que sea revocada bajo los siguientes argumentos:

Refirió que el Decreto 1162 de 2014, ordenó el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales en un porcentaje del 30%, disposición que fue cumplida por CREMIL tal y como se observa en la resolución de reconocimiento de asignación de retiro del demandante, razón suficiente para no desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo enjuiciado.

Igualmente, indicó que tuvo en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro del actor, la Hoja de Servicios Militares correspondiente, expedida por el Ministerio de Defensa, de conformidad con el Decreto 1211 de 1990.

2. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido en Audiencia de Conciliación Posfallo llevada a cabo el 25 de enero de 2019, por el Juzgado Tercero Administrativo Transitorio Oral del Circuito Judicial de Duitama (fl. 175 y CD fl. 176) y fue admitido por esta Corporación mediante proveído del 15 de febrero de 2019 (fl. 181). A través de auto del 14 de marzo de 2019, se prescindió de la audiencia de que trata el inciso 4° del artículo 247 del CPACA y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 185).

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.1.1. La **parte demandante**, guardó silencio.

2.1.2. Parte demandada (fls. 187-189)

La apoderada de CREMIL, reiteró lo expuesto en el recurso de apelación y precisó que su representada aplicó la normatividad legal vigente al momento de los hechos para los respectivos reconocimientos de las asignaciones de retiro, ajustándose estrictamente a las partidas señaladas, en las cuales está consagrado el subsidio familiar en un porcentaje del 30%, correspondiéndole al actor el 23%, de conformidad con el artículo 5° del Decreto 1161 del 24 de junio de 2014.

2.2. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO (fls. 198-201)

El Procurador 46 Judicial II para Asuntos Administrativos de Tunja, emitió Concepto No. 047 del 22 de abril de 2019, a través del cual solicitó que se confirme el fallo apelado, pues consideró que el artículo 5 del Decreto 1161 de 2014, establece un trato diferenciado de manera injustificada, puesto que al incluir como partida computable el subsidio familiar respecto de los soldados profesionales, lo hace en porcentaje inferior a la que devengan oficiales y suboficiales, sin que se encuentre alguna razón válida para dicha restricción, lo que vulnera el artículo 13 de la C.P.

Consideró que tal circunstancia constituye un trato discriminatorio a la luz de la Constitución Política por omisión legislativa, pues, si bien es cierto, existen condiciones diferenciales entre los grados citados, al contar con autoridad, requisitos y atribuciones diferentes que generan

remuneraciones salariales y prestacionales disímiles, también lo es que el artículo 13 superior establece que el Estado tiene la obligación de proteger a la persona que se encuentre en condiciones de debilidad manifiesta brindando un trato diferencial y positivo, procurando con esto, la garantía de los fines del Estado Social de Derecho.

En consecuencia, destacó que esta es la postura asumida por este Tribunal, en referencia al Decreto 1162 de 2014.

II. CONSIDERACIONES

1. CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo establecido en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro del trámite surtido hasta este momento procesal no ha encontrado la Sala causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación realizada.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En los términos del recurso de apelación presentado por la parte demandada, corresponde a esta Sala establecer si: *¿Es correcto el porcentaje reconocido por concepto de subsidio familiar en la asignación de retiro del demandante, de conformidad con la normalidad vigente aplicable al caso, o si, por el contrario, tal como lo decidió el juez de instancia, el mismo no ha sido liquidado en debida forma?*

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

3.1. De la obligatoriedad de las sentencias de unificación¹

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*

¹ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 3. Sentencia del 11 de octubre de 2018, Rad. No. 2017-00011-02. M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

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.” (Negrilla fuera de 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 aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos 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**”² (Resaltado fuera de 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 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.” (Negrilla fuera de texto).

Postura sostenida de tiempo atrás cuando la Corte Constitucional en sentencia C-713 de 15 de julio de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, dijo sobre la función de unificación del Consejo de Estado:

“A juicio de la Corte, la facultad de revisión eventual por parte del Consejo de Estado es compatible con la condición de ese órgano como Tribunal Supremo de la jurisdicción contencioso administrativa, reconocida en el artículo 237-1 de la Carta Política. En efecto, su condición de Tribunal Supremo se proyecta, en esencia, desde una perspectiva de orden sistémico para integrar y unificar la jurisprudencia en lo que concierne a dicha jurisdicción, en el marco de la Constitución y la ley y con la precisión que más adelante se hace en cuanto a la procedencia de la tutela contra sus decisiones.” (Negrilla fuera de texto).

² Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia **C-634** de 2011, en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.

Y reiterada en la Sentencia C-539 de 2011:

“5.2.3. La jurisprudencia de esta Corte ha precisado que **el respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas hace parte del respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa –art. 29, 121 y 122 Superiores-**, en cuanto (i) las autoridades están sometidas al imperio de la Constitución y de la ley, y por tanto se encuentran obligadas a aplicar en todas sus actuaciones y decisiones administrativas la Constitución y la ley; (ii) el contenido y alcance de la Constitución y la ley es fijado por las altas Cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (iii) las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (iv) el desconocimiento del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos (art. 6 y 90 C.P.-; (v) **las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley –art. 13 C.P.**

Por tanto, si existe una interpretación institucional vinculante, las autoridades administrativas deben aplicar al caso en concreto dicha interpretación.

(...)

5.2.5 De otra parte, ha señalado esta 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. En este sentido ha dicho la Corte:

“Lo señalado acerca de los jueces **se aplica con más severidad cuando se trata de la administración, pues ella no cuenta con la autonomía funcional de aquéllos**. Por lo tanto, el Instituto de los Seguros Sociales debió haber inaplicado la norma mencionada o haber justificado adecuadamente por qué no se ajustaba la jurisprudencia de la Corte en este punto.” ¹⁹¹ (Resalta la Sala)

(...)

En cuanto al margen de libertad interpretativa de las autoridades administrativas, al momento de aplicar una norma a un caso en particular, ha señalado esta Corte que éstas se enfrentan a una gama de posibles interpretaciones, frente a las cuales deben aplicar la interpretación que se ajuste a la Constitución y a la ley, **y que tal interpretación autorizada, última y unificada viene dada en materia legal por el máximo tribunal de casación en la jurisdicción ordinaria o Corte Suprema de Justicia, en el derecho administrativo por el Consejo de Estado y en materia constitucional por la Corte Constitucional**. De esta manera, **una vez establecida la interpretación de la ley y de la Constitución por los máximos Tribunales con competencias constitucionales y legales para ello, el operador administrativo se encuentra en la obligación de seguir y aplicar el precedente judicial...**” (Negrilla fuera de texto)

De lo anterior se concluye 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.

3.2. De la sentencia de unificación sobre la asignación de retiro de los soldados profesionales³

La 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, 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)** cómputo 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.

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 2014⁴**, 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.

³ Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No. 3. Sentencia del 13 de junio de 2019, Rad. No. 2018-00085-01. M.P. Dra. Clara Elisa Cifuentes Ortiz.

⁴ «Por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones».

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 5°, 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." (Negrita y subraya fuera de 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 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." (Negrita fuera de texto).

Las normas en comento llevan a concluir que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004⁵, 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 2009⁶, y **en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida**⁷.

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.

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 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 fijan el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.*

⁵ Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

⁶ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

⁷ Artículo 5 del Decreto 1161 de 2014.

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%⁸ para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000⁹ 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).

Finalmente, recordó el valor vinculante y obligatorio de la sentencia¹⁰ 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.

4. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso *sub examine*, la Sala observa en el plenario lo siguiente:

- Que mediante **Resolución No. 1235 del 22 de febrero de 2017** (adicionada a través de la Resolución No. 2644 del 18 de enero de 2018 -fls. 156vto.-157-), la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

⁸ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

⁹ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

¹⁰ En los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011.

– CREMIL, le reconoció al señor PEDRO ANTONIO RODRÍGUEZ PEDRAZA una asignación de retiro, a partir del 30 de marzo de 2017, en los siguientes términos (fls. 27-28):

“(…)

- *En cuantía del 70% del salario mensual (decreto 2209 del 30 de Diciembre de 2016) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000).*
- *Adicionado con un treinta y ocho punto cinco (38.5%) de la prima de antigüedad, de conformidad con lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y **con el 23% del subsidio familiar, de conformidad con lo señalado en el artículo 5° del Decreto 1161 de 24 de junio de 2014**” (fl. 27vto.). (Negrita fuera de texto).*

En virtud a la regla de unificación, como el demandante adquirió el derecho a la asignación de retiro con posterioridad al mes de **julio de 2014**, tiene derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable.

Se encuentra acreditado que el actor devengó en servicio activo (última nómina diciembre de 2016), el subsidio familiar en un porcentaje del 23% (fl. 29), esto es, el porcentaje señalado en los literales a) y c) del artículo 1° del Decreto 1161 de 2014; **por tanto, la partida subsidio familiar será del 70% de lo devengado por este concepto en actividad (art. 5° ibídem), tal y como fue liquidada por CREMIL**, así (fl. 29):

- Sueldo básico: \$ 965.237,00
- Subsidio familiar en actividad (23%): \$ 222.004,51

- Subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro (70% de lo percibido en actividad): **\$ 155.403,00**

Conforme a ello, aun cuando para la fecha en que se profirió el fallo apelado (26 de octubre de 2018) no existía posición unificada del Consejo de Estado al respecto, se advierte que las reglas jurisprudenciales establecidas por dicha Corporación en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, expuestas en el acápite 3.2. de esta providencia, se deben aplicar en todos los casos pendientes de solución, como sucede en este caso.

En consecuencia, como quedó visto que la entidad demandada liquidó de manera correcta la asignación de retiro del actor, procede **la revocatoria de la sentencia de primera instancia para en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.**

5. CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Aun cuando se revoca en su totalidad el fallo apelado, la Sala se abstendrá de dictar condena en costas en esta instancia en consideración a que, previo al cambio jurisprudencial enunciado, las pretensiones de la demanda contaban con un margen de probabilidad de prosperidad que hacía comprensible el ejercicio de la acción judicial por la parte demandante.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, proferida en audiencia inicial el 26 de octubre de 2018 por el Juzgado Tercero Administrativo Transitorio Oral del Circuito de Duitama, y en su lugar, **NEGAR** las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Notificada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el Sistema de Información de la Rama Judicial.

Este proyecto fue discutido y aprobado en Sala de Decisión virtual de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado