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

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, veintiuno (21) de abril de dos mil veinte (2020)

DEMANDANTE:	ÓSCAR HERNANDO MONTAÑA MOGOLLÓN
DEMANDADO:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
REFERENCIA:	150013333003-**2017-00153**-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 19 de febrero de 2019 por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, 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 ÓSCAR HERNANDO MONTAÑA MOGOLLÓN, 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. 2016-56901 del 24 de agosto de 2016, 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, esto es, del 18,75% al 62,5% de la asignación básica, porcentaje que tenía reconocido al momento del retiro del servicio activo; 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 (fl. 3)

El apoderado del demandante, indicó que el Soldado Profesional ÓSCAR HERNANDO MONTAÑA MOGOLLÓN, 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. 2771 del 18 de abril de 2016, CREMIL le reconoció asignación de retiro al actor, incluyendo como partida el subsidio familiar en un porcentaje del 18,75% sobre la asignación básica, valor que corresponde al 30% de lo devengado en servicio activo.

Relató que el demandante elevó petición ante CREMIL, con radicación No. 20160069286 del 11 de agosto de 2016, solicitando el incremento del porcentaje de la partida de subsidio familiar que se viene computando en la liquidación de la asignación de retiro, del 18,75% al 62,5% de la asignación básica.

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

1.1.3. Fundamentos de derecho (fls. 4-17)

Consideró como preceptos normativos violados los siguientes:

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

Legales: Artículos 2 y 2.7 de la Ley 923 de 2004 y artículos 2, 5 y 13.1.7 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 40-44)

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:

- *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.

- *Existencia del reconocimiento e inclusión del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro*: Indicó que a través del Decreto 1162 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 30%), tal como se evidencia en el acto de reconocimiento de la asignación de retiro a favor del demandante.

- *No configuración de violación al 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.

- *No configuración de Falsa Motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares*: 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.

- *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.

1.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, mediante sentencia proferida en audiencia inicial el 19 de febrero de 2019, resolvió (fls. 97-102 y CD fl. 102vto.):

> ***"PRIMERO.- INAPLICAR** por inconstitucional la expresión **"el treinta por ciento (30%) de dicho valor"** contenida en el artículo 1 del Decreto 1162 de 2014, según la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO.- DECLARAR** la nulidad del oficio No. 2016-56901 de 24 de agosto de 2016, a través del cual la entidad accionada negó las peticiones del actor.*
>
> ***TERCERO:** Como consecuencia de la declaratoria de nulidad, a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL- a:*
>
> ***A)** RELIQUIDAR la asignación de retiro del soldado profesional ® **ÓSCAR HERNANDO MONTAÑA MOGOLLÓN**, incluyendo el subsidio familiar como partida computable en el mismo porcentaje que devengaba al momento del retiro del servicio activo.*
>
> ***B)** PAGAR al señor **ÓSCAR HERNANDO MONTAÑA MOGOLLÓN**, la diferencia entre las sumas que percibió como asignación de retiro y la que legalmente le correspondía, en virtud de lo ordenado en el literal anterior, a partir de **30 de marzo de 2016** (fecha de efectividad de la asignación de retiro).*
>
> *Las sumas resultantes deberán actualizarse de acuerdo con la fórmula:*
>
> $$R = RH \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$
>
> ***CUARTO:** La presente sentencia deberá ser cumplida en los términos de los artículos 192, 194 y 195 del CPACA.*
>
> ***QUINTO.- CONDENAR** en costas a la entidad demandada, las cuales serán liquidadas por la secretaría del Despacho.*
>
> *(…)"*

Para adoptar tal determinación, la juez de primera instancia, indicó que, frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro del demandante, en este caso debe inaplicarse la expresión "*el treinta por ciento (30%) de dicho valor*",

contenida en el artículo 1° del Decreto 1162 de 2014, por infracción directa al artículo 13 Superior, en la medida que discrimina injustificadamente al actor al otorgarle un tratamiento diferente a las partidas computables para la liquidación de su asignación de retiro, con relación a la establecida para los oficiales, suboficiales, agentes de policía y personal civil que laboran en el Ministerio de Defensa.

Advirtió que como quiera que se acreditó que durante el servicio activo el demandante devengó el concepto de subsidio familiar, es claro que, en la reliquidación de su asignación de retiro, CREMIL deberá tener en cuenta el 100% de lo devengado en actividad por dicho concepto.

1.4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN (fls. 103-106)

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

Refirió que los Decretos 4433 de 2004 y 1162 de 2014, consagraron en forma taxativa los parámetros, condiciones y porcentajes que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento y liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, estableciendo incluso en el parágrafo del artículo 13 del primero de los decretos referidos, la prohibición de incluir factores diferentes a los expresamente enlistados.

Así, advirtió que dicha norma consagra expresamente el subsidio familiar como partida computable dentro del reconocimiento de la asignación de retiro para los Soldados Profesionales en un porcentaje del 30%, razón suficiente para no desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo enjuiciado

Indicó que, en la Hoja de Servicios Militares correspondiente al actor, expedida por el Ministerio de Defensa, no se encuentra incluida la partida de subsidio familiar, acto administrativo que no fue controvertido, por lo que el demandante debió dirigirse ante la autoridad administrativa respectiva con el fin de que aclararan dicha situación y no pretender que CREMIL asuma una carga prestacional que no le corresponde, entrando a modificar una información cuando carece de competencia para ello.

Finalmente, señaló que no existe ninguna vulneración del derecho a la igualdad y que la responsabilidad no deviene de CREMIL sino del legislador.

2. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido en Audiencia de Conciliación Posfallo llevada a cabo el 3 de abril de 2019, por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja (fls. 110-111 y CD fl. 113) y fue admitido por esta Corporación mediante proveído del 26 de abril de 2019 (fl. 117). A través de auto del 16 de mayo 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. 121).

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

2.1.2. La **entidad demandada - CREMIL**, guardó silencio.

2.2. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO (fls. 123-126)

El Procurador 45 Judicial II para Asuntos Administrativos de Tunja, emitió concepto No. 074 del 13 de junio de 2019, a través del cual solicitó que se confirme el fallo apelado, pues señaló que, en la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, el Consejo de Estado determina la forma en que se incluye la partida "subsidio familiar", para aquellos soldados profesionales que causaron su derecho a la asignación de retiro con posteridad al mes de julio de 2014.

Así, advirtió que, de asumirse una lectura estricta en la interpretación de la sentencia de unificación, debería concluirse que al actor solo deberá incluírsele dicha partida en un 30%, pues para el momento de su retiro devengaba tal emolumento de conformidad con el Decreto 1794 de 2000.

No obstante, consideró que el Consejo de Estado no abordó el problema jurídico que se plantea en el caso concreto, esto es, la eventual vulneración del derecho a la igualdad cuando a soldados profesionales se les liquida la mencionada partida en un porcentaje del 30%, mientras que a oficiales y suboficiales se les liquida sobre el 100% recibido en actividad.

Por lo anterior, señaló 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 la postura asumida por este Tribunal, antes de la SU del 25 de abril de 2019, debe mantenerse.

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 la 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 unificación[1]

La Ley 1437 de 2011 tiene como finalidad, entre otras, fortalecer las garantías de las personas en los procedimientos administrativos y evitar

[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.*

procesos judiciales innecesarios que congestionen la jurisdicción contenciosa.

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

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

---

[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.*

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).*

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."* [91] *(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 profesionales[3]

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.

Así, unificó jurisprudencia en el sentido de precisar las siguientes reglas sobre la asignación de retiro de los soldados profesionales que, en materia de los aspectos acá debatidos, decidió:

---

[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.

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

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

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

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

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

2. ***Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30%[4] para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000[5] 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**.*

4. *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:*

   4.1. *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*

---

[4] Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.
[5] El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

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.

4.2. 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 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%.

5. 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:

(Salario x 70%) + (salario x 38.5%) = Asignación de Retiro.

6. 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.

7. 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.

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 sentencia[6] 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. 1140 del 17 de febrero de 2016** (adicionada a través de la Resolución No. 2771 del 18 de abril de

[6] *En los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011.*

2016 -fls. 28-29-), la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, le reconoció al señor ÁNGEL BENIGNO RAMOS RODRÍGUEZ una asignación de retiro, a partir del 30 de marzo de 2016, en los siguientes términos (fls. 59vto.-60):

> *"(…)*
> - *En cuantía del 70% del salario mensual (decreto 2252 de 30 de Diciembre de 2015) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero 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 30% del subsidio familiar, de conformidad con lo señalado en el artículo 1° del Decreto 1162 de 24 de junio de 2014**"* (fl. 28vto.). (Negrita fuera de texto).

- Que atendiendo las partidas computables señaladas en la Certificación No. 70414 del 19 de agosto de 2016, expedida por la Responsable del Área de Atención al Usuario de CREMIL, la asignación de retiro del demandante fue liquidada con los siguientes porcentajes (fl. 26):

SUELDO	SMLMV + 40%	$965.237.00
PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN		70%
SUBTOTAL		**$675.666.00**
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	(SB*70%*38,5%)	$260.131.00
SUBSIDIO FAMILIAR	(((SB*4%)+(SB*58,5%))* 30%)	$180.982.00
TOTAL ASIGNACIÓN DE RETIRO		**$1.116.779.00**

Conforme a lo anterior y 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.

Así pues, se encuentra acreditado que el actor devengó en servicio activo (última nómina diciembre de 2015), el subsidio familiar en un porcentaje del 4% (fl. 27), esto es, el porcentaje señalado en el artículo 11[7] del Decreto 1794 de 2000[8] en concordancia con el artículo 1° del

[7] *Artículo 11. Subsidio familiar. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente,*

Decreto 1162 de 2014[9]; por tanto, la partida subsidio familiar será del 30% de lo devengado por este concepto en actividad y en ese sentido, procede **la revocatoria de la sentencia de primera instancia para en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.**

Finalmente, advierte el Tribunal que en el escrito de apelación CREMIL manifestó que "*(…) en **la hoja de servicios militares correspondiente al actor, expedida por el Ministerio de Defensa, no se encuentra incluida la partida de subsidio familiar**, dentro de las partidas computables para la asignación de retiro (…) en gracia de discusión, **el actor debió dirigirse ante la autoridad administrativa respectiva con el fin que le aclararan dicha situación y no pretender que la caja asuma una carga prestacional que no le corresponde** (…)*" (fls. 104vto.-105), argumento que pierde fundamento, en atención a la regla 6° del numeral 1° de la sentencia de unificación antes transcrita.

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

---

tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.
Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente.

[8] *Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.*

[9] *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.*

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, proferida en audiencia inicial el 19 de febrero de 2019 por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Tunja, 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

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado