



Radicado: 85001-33-33-002-2013-0023-01 (1701-2016)
Demandante: Julio César Benavides Borja

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-2016)
Demandante: JULIO CÉSAR BENAVIDES BORJA
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Temas: Sentencia de unificación, asignación de retiro soldados profesionales. Naturaleza jurídica de la asignación de retiro. Régimen de asignación de retiro de los soldados profesionales. Partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados. Reglas para la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales. Legitimación de CREMIL para decidir sobre el reajuste de la asignación de retiro. Forma de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales. Interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. Cómputo de la prima de antigüedad. Porcentaje de liquidación de la asignación de retiro de soldados profesionales. Inaplicación de los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015.

**RESUELVE SOLICITUDES DE ADICION Y ACLARACIÓN DE SENTENCIA
SUJ-015-CE-S2-2019**

Se deciden las solicitudes de adición y aclaración de la sentencia proferida el 25 de abril de 2019 por la Sección Segunda de esta Corporación.

ANTECEDENTES

El señor Julio César Benavides Borja, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, demandó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL, con el fin de obtener la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Oficio 16898 del 16 de abril de 2012 por medio del cual el subdirector de prestaciones sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares denegó el reajuste de la asignación de retiro devengada por el demandante.
- Oficio 27950 del 7 de junio de 2012 a través del cual el responsable del Área de Notificaciones y Recursos Legales de la entidad demandada resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto en contra de la decisión inicial.



Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condenara a CREMIL al reconocimiento y pago del reajuste de su asignación de retiro de la siguiente manera:

- Con el salario mínimo legal aumentado en un 60%, como lo dispuso el inciso segundo del artículo 1.º del Decreto 1794 de 2000¹.
- Con aplicación de la fórmula de liquidación del 70% del salario mensual más la prima de antigüedad equivalente al 38.5% del salario mensual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004².
- Que se incluyera el subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro, para lo cual solicitó la inaplicación del artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, en cuanto excluyó, para dicho fin, esta prestación.

Igualmente, pidió que se dispusiera el pago del reajuste del retroactivo pensional desde la fecha de reconocimiento de la asignación de retiro y hasta su inclusión en nómina, que se ordenara el pago de la indexación sobre todos los valores adeudados, así como el pago de los intereses de mora y que se condenara en costas a la entidad demandada.

La sentencia de primera instancia

El 13 de agosto de 2014, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito, sistema Oral de Yopal, profirió sentencia de primera instancia, en la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, de la siguiente forma:

- i) Inaplicó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.
- ii) Declaró la nulidad de los actos administrativos demandados.
- iii) Condenó a CREMIL a efectuar la reliquidación, reajuste y pago de la asignación de retiro del demandante en los siguientes términos:
 - a) teniendo en cuenta el salario básico del respectivo año de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, aplicando el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60% desde el día 30 de agosto de 2011, fecha en la que se hizo efectiva la primera mesada pensional de retiro, la cual fue reconocida a través de la Resolución 3410 del 13 de julio de 2011;
 - b) con inclusión del subsidio familiar como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro del demandante a partir del 30 de agosto de 2011 y en el porcentaje reconocido a la fecha de su retiro del servicio;
 - c) con estricta sujeción de lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 en el sentido de aplicar el 70% **exclusivamente** sobre la sumatoria

¹ «Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares».

² «Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública».



de las siguientes partidas: el salario mínimo mensual legal vigente del respectivo año incrementado en un 60% y el subsidio familiar en el porcentaje recibido a la fecha de retiro del accionante; esto es, sin incluir la prima de actividad.

- iv) Preciso que la operación matemática quedaría distribuida de la siguiente manera:

Salario básico del respectivo año incrementado en un 60% (de conformidad con el inciso final del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000), más el porcentaje del subsidio familiar (reconocido a la fecha de retiro del accionante); a dicha sumatoria se le debía aplicar el 70% (contemplado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004) y a ese valor se le debe adicionar el 38%³ de la prima de antigüedad (de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004); el resultado que arrojará esta última operación sería el monto final de la asignación de retiro del demandante.

- v) Dispuso la indexación de tales sumas.
vi) Denegó las demás pretensiones de la demanda y;
vii) No condenó en costas a la demandada.

El recurso de apelación

La entidad demandada interpuso recurso de apelación, con el fin de que se revocara la sentencia de primera instancia, el cual sustentó en las razones que a continuación se exponen:

En primer término, hizo alusión a la carencia de fundamento jurídico para solicitar la inclusión del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro de los soldados profesionales. Para ello, puso de presente que fue solamente a partir de la expedición de la Ley 923 de 2004 y del Decreto 4433 de 2004 que los soldados profesionales tuvieron derecho a acceder a dicha prestación. Asimismo, que la norma especial contenida en el artículo 13 del decreto en mención señaló en forma taxativa que las partidas para la liquidación de la asignación de retiro de ese personal eran el salario mensual, en los términos del inciso primero del artículo 1 del Decreto Ley 1794 de 2000 y la prima de antigüedad.

En relación con la forma de liquidación de la asignación de retiro, precisó que la entidad dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y, en tal virtud, calculó el 70% sobre el salario básico incrementado en el 38,5% de la prima de antigüedad.

Aunado a lo anterior, planteó que no se configuró la violación al derecho a la igualdad, en atención a que fue el legislador, a través del Decreto 4433 de 2004, quien definió los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro de los soldados profesionales. Indicó que tal disposición se encontraba vigente y gozaba de la presunción de legalidad, razón por la cual, CREMIL debía atenerse a

³ De conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el porcentaje de la prima de antigüedad equivale al 38,5% y no al 38% como lo señaló el juez de conocimiento, en la sentencia de segunda instancia.



lo allí previsto, sin que le fuera dable efectuar interpretaciones de las normas o hacerlas extensivas a personal para el cual no fueron establecidas. Adicionalmente, refirió que el derecho a la igualdad debía entenderse en los términos señalados por la Corte Constitucional en la sentencia C-387 de 1994, según la cual, aquel se predica solo cuando se presentan situaciones de hecho iguales, lo que no se cumple en el asunto bajo estudio.

Por otra parte, sostuvo que las actuaciones de CREMIL no estaban viciadas de falsa motivación, en atención a que se ajustaron a las normas que regulaban la asignación de retiro de los soldados profesionales.

Por último, señaló que no se configuraba ninguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo⁴.

Sentencia de unificación

La Sección Segunda del Consejo de Estado avocó conocimiento del asunto por auto del 31 de octubre de 2018 por solicitud del Tribunal Administrativo del Casanare, quien remitió el proceso a esta Corporación para que asumiera el conocimiento del asunto por importancia jurídica y trascendencia económica y social del tema, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, que a través de Oficio 20185000062391-DDJ del 14 de septiembre de 2018, solicitó a la Sección Segunda de esta corporación unificar jurisprudencia en relación con los temas que fueron objeto de pronunciamiento en la providencia, en atención a que la diversidad de criterios interpretativos en relación con el asunto, había suscitado una masiva presentación de demandas, que para la fecha y en atención al sistema *Ekogui* de esa Agencia, eran 5189 procesos que ascendían a más de 11 billones de pesos.

A través de la sentencia del 25 de abril de 2019, la Sección Segunda unificó su jurisprudencia, en relación con la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales y resolvió el recurso de apelación formulado por CREMIL, en los siguientes términos:

«**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.

⁴ Pese a que la demanda se presentó en vigencia de la Ley 1437 de 2011.



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%⁵ para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000⁶ 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 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:

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

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.

⁵ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

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



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.

Segundo: Advertir a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación, constituyen precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial, toda vez que los efectos de la presente sentencia de unificación son retroactivos, en atención a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero: De igual manera, debe precisarse que los casos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Cuarto: Por tratarse de una sentencia de unificación que reconoce un derecho, esta sentencia debe ser extendida por las autoridades administrativas en virtud de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, a quienes acrediten encontrarse en los mismos supuestos fácticos y jurídicos, de conformidad con las reglas señaladas en la parte motiva de esta providencia.

Quinto: Revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, proferida el 13 de agosto de 2014 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Sistema Oral de Yopal, Casanare, que accedió parcialmente a las pretensiones de los demandantes, en lo relativo al reconocimiento del subsidio familiar como partida computable. En consecuencia, la asignación de retiro del demandante deberá liquidarse en los siguientes términos:

i) Con base en el salario básico del respectivo año en los términos señalados en el inciso final del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, aplicando el salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60% desde el día 30 de agosto de 2011, fecha en la que se hizo efectiva la primera mesada pensional reconocida a través de la Resolución 3410 del 13 de julio de 2011. Así mismo, habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.

ii) Con la inclusión únicamente de las partidas computables de que trata el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, asignación básica mensual incrementada en un 60% y prima de antigüedad.

iii) El 70% de que trata el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 se aplicará **exclusivamente** sobre el salario mínimo mensual legal vigente del respectivo año incrementado en un 60%.

iv) La operación matemática que deberá realizar CREMIL para obtener la asignación de retiro del demandante es la siguiente:



[Asignación básica mensual incrementada en un 60% x 70% (porcentaje que trae el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004)]+38.5% (prima de antigüedad) =
Asignación de retiro.

Sexto: No es procedente inaplicar el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 por las razones expuestas en la parte motiva.

Séptimo: Confirmar en lo demás la providencia recurrida.
[...]]»

LA SOLICITUD DE ADICIÓN Y ACLARACIÓN DE CREMIL

A través de escrito radicado el 21 de mayo de 2019⁷, el apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares solicitó la adición y aclaración de la sentencia de segunda instancia, la cual sustentó de la siguiente forma:

i) Aclaración: Para el efecto sostuvo que la providencia no hizo referencia a que el porcentaje del 70% del subsidio familiar en los casos del Decreto 1161 de 2014 debe afectar la partida aludida según la conformación del núcleo familiar, en los términos señalados por aquel decreto, de manera que, en su criterio, es necesario aclarar la forma como CREMIL debe liquidar tal partida para el personal de soldados profesionales e infantes de marina profesionales que se encuadren en la disposición contenida en los artículos primero y quinto del mencionado decreto.

ii) Adición: En este apartado pidió que se precise el término prescriptivo al que se alude en el numeral 8 del ordinal primero de la sentencia. Sobre el particular, expresó que aunque el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 prevé un término de prescripción de tres años, para el caso de los soldados profesionales la jurisprudencia ha ordenado aplicar la prescripción de cuatro años prevista por el artículo 174 del Decreto Ley 1211 de 1990. Por tal razón, consideró necesario que se adicione la sentencia para emitir un pronunciamiento de fondo en lo atinente al término de prescripción que debe aplicar la entidad en esta clase de asuntos.

LA SOLICITUD DE ACLARACIÓN DEL DEMANDANTE

Mediante escrito radicado el día 22 de mayo de 2019⁸, la apoderada del demandante solicitó la aclaración de la sentencia del 25 de abril de 2019, al considerar que no se logró establecer con claridad cuál es el término prescriptivo al que se hace alusión en el numeral 8 del ordinal primero de la providencia, de manera que, en su sentir, resulta imperioso aclarar la vigencia y temporalidad de los derechos que eventualmente puedan reclamar los demás soldados profesionales que adelanten reclamaciones contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, conforme lo expuesto por la providencia.

En este sentido, indicó que el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 prevé un término prescriptivo de 4 años que deben ser contados a partir de la fecha en la que se inicie la respectiva reclamación, lapso que fue reducido a tres años por el Decreto 4433 de 2004. Adicionalmente, indicó que el Consejo de Estado ha sido unánime al considerar que las normas aplicables en materia de prescripción son los artículos

⁷ Folios 183 a 185 del cuaderno principal.

⁸ Folios 186 a 188 del cuaderno principal.



174 del Decreto 1211 de 1990 y 155 del Decreto 1212 de 1990, por cuanto el ejecutivo carecía de competencia para modificar dicho aspecto⁹.

Igualmente, resaltó que es importante hacer la precisión, comoquiera que recientemente la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares profirió actos administrativos en virtud de los cuales dispuso el reconocimiento y pago del reajuste del 20% en el salario base de liquidación en las asignaciones de retiro que devengan actualmente los soldados profesionales con aplicación del término de prescripción trienal, sin tomar en consideración lo señalado por el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

CONSIDERACIONES

Los artículos 285 y 287 del Código General del Proceso, aplicables por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señalan:

«**ARTÍCULO 285. ACLARACIÓN.** La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.

En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia.

La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración.»

«**ARTÍCULO 287. ADICIÓN.** Cuando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.

El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria.

Los autos solo podrán adicionarse de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término.

Dentro del término de ejecutoria de la providencia que resuelva sobre la complementación podrá recurrirse también la providencia principal.»

De acuerdo con el contenido de las disposiciones legales transcritas, las sentencias se pueden adicionar cuando se esté en presencia de dos supuestos de hecho: i) cuando se omitió la resolución de cualquiera de los extremos de la *litis* y; ii) cuando se omitió resolver cualquier otro punto que debía ser objeto de pronunciamiento.

⁹ La parte demandante citó: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, radicado: 250002325000200700107 01(0628-08), sentencia del 4 de septiembre de 2008, así como la sentencia de unificación de la Sección Segunda del 25 de agosto de 2016, radicación: 850013333002201300060 01(3420-2015).



Quiere decir ello, que el instrumento procesal de la adición de la sentencia permite que el juez, si omitió pronunciarse sobre determinado asunto de la controversia, lo haga a través de una sentencia complementaria, en la cual debe resolver los supuestos que no fueron objeto de análisis y tomar la decisión respectiva en cuanto a ellos.

A su vez, lo que da lugar a la aclaración son los conceptos o frases que estén contenidas en la parte resolutive o que influyan en ella, que presenten redacción ininteligible o que generen duda.

Al respecto la doctrina y la jurisprudencia han manifestado que los conceptos o frases que dan lugar al ejercicio de dichos mecanismos no son los que surjan de las dudas que las partes aleguen acerca de la oportunidad, veracidad o legalidad de las afirmaciones del sentenciador, sino aquellos provenientes de la redacción ininteligible, del alcance de un concepto o de una frase, en concordancia con la parte resolutive del fallo¹⁰.

Lo expuesto impide al funcionario judicial regresar sobre el debate jurídico ya resuelto, y solo le es permitido abordar el análisis de lo que faltó estudiar en la providencia y que fue objeto de debate¹¹. Así las cosas, no es posible, luego de proferida la sentencia, revocarla ni reformarla, en tanto el principio de seguridad jurídica¹² señala que la misma es inmodificable por el mismo juez que la dictó, quien ya perdió competencia para ello.

Precisado lo anterior, se procede al estudio de las solicitudes formuladas por las partes demandante y demandada, habida cuenta de que fueron presentadas dentro del término de ejecutoria de la sentencia¹³.

De la solicitud de adición

CREMIL solicitó la adición de la sentencia en relación con la aplicación de los artículos 1 y 5 del Decreto 1161 de 2014, con la finalidad de que se indique cómo se afecta el porcentaje de la partida del subsidio familiar para la liquidación de la asignación de retiro, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 5, teniendo en cuenta las variaciones previstas por el artículo primero *ejusdem*.

Para definir lo anterior, debe advertirse que la adición de la sentencia procede cuando ha dejado de resolverse un punto que debía ser objeto de pronunciamiento, motivo por el cual es importante verificar si el tema aludido por la parte demandada debía serlo. Para ello, conviene revisar las actuaciones que dieron lugar a la selección del asunto para emitir sentencia de unificación por parte de la Sección Segunda.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 17 de diciembre de 2011, radicación: 25000-23-25-000-2004-00764-02(AP).

¹¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicado 25000232600019990002 04.

¹² Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia del 21 de mayo de 2008, radicación: 25000-23-26-000-2005-00022-01(31968). Actor: Comisión Nacional de Televisión. Igualmente se puede ver providencia del 15 de octubre de dos mil 2015 de la misma sección, con radicación: 76001-23-31-000-2001-03818-01 (48392).

¹³ Por correos electrónicos enviados el 17 de mayo de 2019 se notificó a las partes de la sentencia del 25 de abril de 2019 (ff. 172 a 173 del cuaderno principal) y las solicitudes fueron radicadas el 21 y 22 de mayo, respectivamente, es decir dentro del término de ejecutoria.



Previamente se señaló que el Tribunal Administrativo del Casanare remitió el proceso para que se unificara sobre la reliquidación de la asignación de retiro con el incremento del 60% y la inclusión del subsidio familiar como partida computable.

Por su parte, el director de Defensa Jurídica Nacional de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado solicitó la unificación de jurisprudencia sobre los siguientes temas:

- i) Reajustes del 40% al 60% de la asignación de retiro de los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales.
- ii) Interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 para el cálculo de la asignación de retiro de los soldados profesionales.
- iii) Inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro de los soldados profesionales.
- iv) Reajuste de la asignación de retiro de los soldados profesionales con la duodécima parte de la prima de navidad.
- v) Reajuste de la asignación de retiro de los soldados profesionales para que se reconozca un 4% por cada año de servicio adicional a los 20, como se hace con los oficiales y suboficiales.
- vi) Reajuste de la asignación de retiro teniendo en cuenta el incremento de la prima de actividad a partir de la expedición del Decreto 2863 de 2007.

En efecto, analizados los anteriores planteamientos así como el pronunciamiento emitido por esta Sección en el Auto del 31 de octubre de 2018 mediante el cual se dispuso avocar conocimiento para unificar el presente asunto, se identificaron los temas relevantes al caso particular, respecto de los cuales resultaba necesario sentar jurisprudencia, a saber:

- Reliquidación de la asignación de retiro del 40% al 60% para los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales. Asignación salarial que debe tenerse en cuenta para efectuar la liquidación de la asignación de retiro.
- Legitimación de CREMIL para decidir sobre el reajuste de la asignación de retiro.
- La interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2003, sobre la forma de computar la prima de antigüedad en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.
- Las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.
- Porcentaje de liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales. Aplicación de los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015.

De lo anterior, es plausible concluir que en la sentencia de unificación solo se abordó el tema del subsidio familiar para definir si debía o no ser incluido como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, dado que el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 no lo señalaba expresamente y que solo se modificó con la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014.

Precisamente, en los párrafos 188 a 202 se analizó lo relativo a la inclusión del subsidio familiar para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales antes de la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, de lo cual



se concluyó que «Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal».

A su turno, en el párrafo 187 de la providencia se concluyó: «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%¹⁴ para quienes al momento de su retiro estén devengando el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000¹⁵ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.»

Es de anotar que tal regla de unificación se fijó teniendo en cuenta lo previsto en el **artículo 5 del Decreto 1161 de 2014**, el cual 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, en los siguientes términos:

«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.

Se observa entonces que la norma en cita dispuso que a partir de julio de 2014, el subsidio familiar sería partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares **en un porcentaje del 70% de lo que devengue en actividad** por tal partida y que dicho valor se sumaría en forma directa al valor que corresponda por concepto de la asignación de retiro de conformidad con lo previsto en el Decreto 4433 de 2004 o en las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

Es de anotar que lo relativo a ese punto se consagró en la sentencia en los párrafos 183 a 187 y se incorporó como regla de unificación en el numeral 2 del ordinal primero de la providencia.

Ahora bien, frente a la forma de liquidar el subsidio familiar de quienes se encuentren en servicio activo, hipótesis contemplada en el artículo 1 del Decreto 1161 de 2014¹⁶,

¹⁴ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

¹⁵ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

¹⁶ **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.



no se realizó pronunciamiento alguno en la sentencia de unificación como quiera que no fue un tema materia de debate, ni respecto del cual se avocara conocimiento para unificar o sentar jurisprudencia. En efecto, lo que fue objeto de estudio por parte de esta corporación de conformidad con lo expuesto, fue lo relativo a determinar si el subsidio familiar era partida computable o no para la asignación de retiro de los soldados profesionales, aspecto que difiere del acá pretendido, cuál es la forma de liquidar el subsidio familiar de los soldados e infantes de marina profesionales en servicio activo.

Conclusión: No hay lugar a adicionar la sentencia para emitir pronunciamiento relacionado con la aplicación del artículo 5 del Decreto 1161 de 2014, dado que este tema fue abordado en la sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019.

Por su parte, tampoco hay lugar a adicionar la sentencia en relación con el artículo 1 *ibidem*, toda vez que la forma de liquidar el subsidio familiar para los soldados e infantes de marina profesionales en servicio activo no fue objeto del debate ni de los temas a unificar en la aludida providencia.

De las solicitudes de aclaración

CREMIL y la parte demandante presentaron solicitud de aclaración de la sentencia, con el fin de que se precise el término de prescripción que debe aplicarse a las asignaciones de retiro de los soldados profesionales. Sobre el particular, las partes expusieron que a pesar de que el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 prevé un término prescriptivo de tres años, lo cierto es que la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha estimado que aquel no debe atenderse, en razón a que fue expedido con extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria y, en consecuencia, ha optado por aplicar el lapso cuatrienal, contenido en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

A fin de decidir la aclaración solicitada, es necesario precisar en primer término si la expresión «las reglas de la prescripción» contenida en el numeral 8 del ordinal

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 2. Para los efectos previstos en este artículo los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares a partir del 01 de Julio de 2014, podrán elevar al Comando de Fuerza. la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar previsto en el presente decreto, y el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud de que trata el presente parágrafo, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago.

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.



primero de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, es un concepto que ofrece verdadero motivo de duda.

Para el efecto, es importante anotar que, por una parte, de acuerdo con el contenido en el aludido artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 el término de prescripción de las mesadas de las prestaciones de los miembros de la Fuerza Pública es de tres años, y por otra, también es cierto que la jurisprudencia ha venido inaplicando dicha disposición, tal y como lo hizo la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016¹⁷, citada en la providencia cuya aclaración se pide, en la cual, en relación con el derecho del reajuste salarial de los soldados voluntarios incorporados como profesionales, se fijó, entre otras, la siguiente regla:

«**Cuarto.** La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente.» (se resalta)

De acuerdo con lo anterior, se advierte que la expresión aludida «las reglas de la prescripción» hace referencia a la regla vigente en la materia, que para la fecha en que fue proferida la providencia de unificación, se orientaba por la inaplicación del término previsto por el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, en materia de asignación mensual aplicable a los soldados profesionales que ya había sido definida por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

A pesar de ello, en la actualidad el término trienal de prescripción contenido en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, fue objeto de pronunciamiento de esta Sección, en la sentencia del **diez (10) de octubre de 2019**¹⁸, providencia en la que se señaló que dicha disposición debe mantener su presunción de legalidad, para lo cual se analizó que la norma en comento fue expedida acorde con la competencia del Gobierno Nacional para reglamentar la Ley marco 923 de 2004 y por ende no había razón para inaplicar tal término.

De lo expuesto, se considera procedente aclarar la sentencia de unificación para precisar que la regla de prescripción aplicable es la contenida en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, de conformidad con lo previsto por la sentencia del 3 de octubre de 2019, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, dentro del radicado: 110010325000201200582 00(2171-2012) acumulado 110010325000201500544 00(1501-2015).

En conclusión, se considera procedente aclarar la sentencia proferida el día 25 de abril de 2019, en el sentido de indicar que la regla de prescripción aplicable a la asignación de retiro de los soldados profesionales es la trienal, contenida en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, radicación: 850013333002201300060 01(3420-15) CE-SUJ2-003-16, actor: Benicio Antonio Cruz.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 3 de octubre de 2019, radicación 110010325000201200582 00(2171-2012) acumulado 110010325000201500544 00(1501-2015), demandante: Anderson Velásquez, Sandra Mercedes Vargas Florián y Álvaro Rueda Celis.



Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE

Primero: Aclarar la regla contenida en el numeral 8.º del ordinal 1.º de la sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 proferida el día 25 de abril de 2019 por esta Sección, en el sentido de indicar que la regla sobre prescripción que debe aplicarse para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales es la contenida en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004.

Segundo: Denegar la solicitud de adición de sentencia formulada por el apoderado de CREMIL en relación con la aplicación de los artículos 1 y 5 del Decreto 1161 de 2014 en la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero: Reconocer personería al abogado Jairo Mauricio Ramón Gómez Monsalve, identificado con cédula de ciudadanía 7.303.393 de Chiquinquirá y tarjeta profesional número 62.930 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en los términos y para los efectos del poder conferido en el folio 175 del expediente.

Cuarto: Devuélvase al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

CARMELO PERDOMO CUÉTER

RAFAEL SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ