CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 85001-33-33-000-2013-00237-01(1701-16)CE-SUJ2-015-19

Actor: JULIO CESAR BENAVIDES BORJA

Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

Referencia: 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.

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN POR IMPORTANCIA JURÍDICA

CE-SUJ2-015-19

SUJ-015-S2

I. ASUNTO

1. La Sección Segunda del Consejo de Estado, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, como tribunal supremo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo[1], con fundamento en los artículos 270 y 271 del CPACA y el artículo 13A numeral 2 del Reglamento del Consejo de Estado, profiere sentencia de unificación jurisprudencial en la que decide el recurso de apelación remitido por el Tribunal Administrativo de Casanare[2]. Tal recurso

[1] Numeral 1 del artículo 237 de la Constitución Política.
[2] Mediante providencia del 6 de abril de 2016 el Tribunal Administrativo de Casanare ordenó la remisión del expediente a la Sección Segunda del Consejo de Estado para que profiriera sentencia con fines de unificar la posición sobre la materia.

fue interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 13 de agosto de 2014 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito, Sistema Oral de Yopal, en la cual accedió parcialmente a las pretensiones del demandante.

ANTECEDENTES

2. 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.

Pretensiones[3]

a. Pidió que se declarara 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.

b. 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 2000[4].

- 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 2004[5].

---

[3] Folio 51 C. 1
[4] «Por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares».
[5] «Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública».

- 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.

c. 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.

d. Que se ordenara el pago de la indexación sobre todos los valores adeudados, así como el pago de los intereses de mora.

e. Que se condenara en costas a la entidad demandada.

3. Las anteriores pretensiones se sustentan en los siguientes hechos relevantes

Fundamentos fácticos[6]

a. El señor Julio César Benavides Borja ingresó al Ejército Nacional el día 2 de mayo de 1991 en condición de soldado regular.

b. Al terminar su servicio militar, fue vinculado como soldado voluntario del Ejército Nacional a partir del día 18 de noviembre de 1992 y desde el 1.º de noviembre de 2003, el demandante, al igual que todos los soldados voluntarios, pasó a ser soldado profesional por decisión del Ejército Nacional y, en consecuencia, a regirse por los Decretos 1793 y 1794 de 2000, y posteriormente por el Decreto 4433 de 2004.

c. El demandante prestó sus servicios al Ejército Nacional durante más de veinte años, por lo cual CREMIL reconoció su asignación de retiro a través de la Resolución 3410 del 13 de julio de 2011.

d. El 12 de marzo de 2012, el señor Benavides Borja solicitó a CREMIL el reajuste de su asignación de retiro, el cual fue negado por la entidad a través del Oficio 16898 del 16 de abril de 2012, al considerar que su asignación de retiro se liquidó en los términos señalados en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y con las partidas computables a que había lugar.

e. El demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de tal decisión, los cuales fueron denegados por improcedentes con Oficio 27950 del 7 de junio de 2012.

---

[6] Folios 51 vto. a 54 vto.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

4. El demandante citó como normas violadas las siguientes: artículos 13, 25, 29, 53 y 58 de la Constitución Política; artículos 138 y 159 a 195 de la Ley 1437 de 2011; artículo 10 de la Ley 4.ª de 1992; Decretos 1793 y 1794 de 2000 y 4433 de 2004.

5. Como concepto de la violación expuso los siguientes cargos:

6. **Indebida aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, en concordancia con el artículo 13.2.1 de la misma norma y el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000**, toda vez que CREMIL incluyó equivocadamente el 38.5% correspondiente a la prima de antigüedad, antes de calcular el 70% de la asignación de retiro, y no después, como en su criterio debía realizarse, lo que afectó el valor de la mesada que se le reconoció.

7. Para una mayor ilustración, indicó que, de conformidad con el tenor del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, la liquidación debía realizarse de la siguiente manera:

Sueldo básico año 2010	$721.000
70% del sueldo básico	$504.700
Más 38.50% de la prima de antigüedad	$277.585
Total asignación de retiro	**$782.285**

8. No obstante lo anterior, CREMIL liquidó su asignación de retiro así:

Sueldo básico año 2010	$721.000
Prima de antigüedad 38.50%	$277.585
Subtotal	$998.585
Porcentaje de liquidación del 70%	
Total asignación de retiro	**$699.010**

9. En su sentir, la aplicación errada de los porcentajes por parte de CREMIL vulneró los artículos 25 y 53 de la Constitución Política, pues disminuyó ilegalmente el valor de la asignación de retiro.

10. **Desconocimiento del inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000**, por cuanto la entidad demandada tomó para la liquidación de la asignación de retiro un salario mínimo legal mensual vigente incrementado solo en un 40%, pese a que la norma estableció que para los soldados que a 31 de

diciembre de 2000 ostentaban la calidad de voluntarios, la asignación salarial mensual se debía liquidar con base en el salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un 60%.

11. Al respecto, expuso que mediante el Decreto 1793 del 14 de septiembre de 2000, se creó el Régimen de Carrera y Estatuto de Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, y que, para esa fecha, el señor Benavides Borja se encontraba vinculado al Ejército Nacional como soldado voluntario. Así mismo que, por decisión del Ejército Nacional, a partir del 1.º de noviembre de 2003, los soldados voluntarios pasaron a ser denominados soldados profesionales, por lo que para efectos de establecer el monto de la asignación de retiro del demandante se debía tomar en consideración el salario mínimo incrementado en un 60% y no en un 40%, como lo hizo CREMIL.

12. **Vulneración del derecho fundamental a la igualdad,** por no incluir el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, cuando a todos los demás miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional sí se les tiene en cuenta como factor en la liquidación, tal y como se deriva de los artículos 13 y 23 del Decreto 4433 de 2004.

13. Así las cosas, expuso que se le debía incluir el subsidio familiar como partida computable para la liquidación de su asignación de retiro, por lo que solicitó inaplicar, por inconstitucional, el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 que consagraba las partidas que debían tenerse en cuenta para tal fin.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[7]

14. Dentro del término, CREMIL presentó escrito de contestación oponiéndose a todos los hechos y pretensiones de la demanda, por estimar que el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante se efectuó de conformidad con lo previsto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

15. Como excepciones propuso las siguientes:

a. **«Legalidad de las actuaciones efectuadas por CREMIL. Correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes»**. La que sustentó en que el personal del Ejército Nacional tiene un régimen especial que le es propio y que prima sobre las normas generales.

b. **«Carencia de fundamento jurídico para solicitar la inclusión del subsidio familiar».** Al respecto, anotó que solamente con la expedición de

[7] Folios 85-89 cuaderno principal.

la Ley 923 de 2004 y su decreto reglamentario se consagró la asignación de retiro para los soldados profesionales. Asimismo, explicó que para el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante, CREMIL dio aplicación al artículo 13 *ejusdem,* que reguló cuáles son las partidas que deben computarse para la liquidación de la prestación, dentro de las que no se encuentra el subsidio familiar.

c. **«Prescripción del derecho»**. Frente a la cual expuso que, en caso de que le asistiera algún derecho al demandante, no podría reconocérsele por cuanto el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 establece la prescripción de las mesadas en tres años.

d. **«No configuración de violación al derecho a la igualdad».** Por cuanto fue el legislador quien estableció los parámetros para el reconocimiento de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, los cuales fueron desarrollados con el Decreto 4433 de 2004, norma que reguló en distinta forma la prestación para oficiales y suboficiales, y para soldados profesionales.

e. **«No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares».** En ese sentido, anotó que las actuaciones de la entidad se ajustaron a las normas vigentes y, por tanto, no se configuró la causal de falsa motivación.

f. **«No configuración de causal de nulidad**». La que sustentó en que el acto no incurría en ninguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo[8].

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

16. En el marco de la parte oral del proceso, bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de establecer el objeto del proceso y de la prueba[9]. En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

17. Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial, así:

---

[8] Se aclara que se invocó la norma del Código Contencioso Administrativo aunque fue presentada en vigencia de la Ley 1437 de 2011.
[9] Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)[10]

18. Respecto de las excepciones previas se indicó lo siguiente[11]:

> […] A continuación el suscrito Juez señala que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", propuso las siguientes excepciones:
> "legalidad de las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-Correcta aplicación de las disposiciones legales vigentes", "carencia de fundamento jurídico para solicitar la inclusión del subsidio familiar"; "no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares", "no configuración de causal de nulidad" y "prescripción del derecho"; el despacho advierte que respecto de las 5 primeras alegaciones, estas tienen visos de ser medios de defensa que no atacan como tal el procedimiento, por tanto únicamente son pasibles de manifestación en la sentencia que coloque fin a la instancia; en cuanto a la denominada "prescripción del derecho", el despacho advierte que el apoderado judicial de la entidad demandada, la fundamenta en el Decreto 4433 de 2004, relacionada con las acreencias laborales de los miembros de la fuerza pública; en este sentido, entiende el Despacho que esta no hace referencia o se asemeja a la "prescripción extintiva" prevista del artículo 180 del CPACA como susceptible de ser analizada y resuelta dentro de esta audiencia, por cuanto para que sea aplicada la alegada por el apoderado, es requisito indispensable que se acceda a las pretensiones de la demanda […]

19. Contra dicha decisión no se presentaron recursos.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)[12]

20. Frente al punto se precisó[13]:

> […] teniendo en cuenta que no se ha hecho presente el apoderado de la entidad demandada CREMIL se considera inocuo e innecesario dar cumplimiento a lo normado en el numeral 7 del artículo 180 del CPACA.
>
> Como consecuencia de lo anterior y examinada la actuación (demanda, contestación de la demanda y pruebas allegadas) el suscrito juez, advierte:
>
> Se encuentran en divergencia o desacuerdo en todos los hechos planteados en la demanda, versando dicha controversia sobre la

[10] «Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo.» Ramírez Ramírez Jorge Octavio, Consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. EJRLB.
[11] Folio 120 y CD visible en el folio 127.
[12] «La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de "tuerca y tornillo", porque es guía y ajuste de esta última.» Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB.
[13] Folio 121 y CD visible en el folio 127.

aplicación del régimen salarial de los soldados voluntarios del ejército nacional y específicamente del señor Julio Cesar Benavides Borja; así mismo se discute la reliquidación de la asignación de retiro del mencionado ciudadano por una indebida interpretación y la no inclusión de un factor salarial (subsidio familiar) como partida computable.

De conformidad con lo anterior, el litigio en sus presupuestos fácticos y jurídicos se contrae a determinar si efectivamente los actos administrativos contenidos en los oficios Nos. CREMIL 18054 consecutivo 16896 del 16 de abril de 2012 (por medio del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro e inclusión de factor salarial del señor JULIO CESAR BENAVIDES BORJA), […] y CREMIL 30746 consecutivo 27950 del 7 de junio de 2012 […] se encuentran viciados de nulidad y por ende es procedente el restablecimiento del demandante que presuntamente se encuentra afectado; o si por el contrario los aludidos actos enjuiciados están acordes con la normatividad que regula la materia […]. (mayúsculas y ortografía del original).

21. Se notificó en estrados, sin que la parte actora manifestara objeción alguna.

SENTENCIA APELADA[14]

22. El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito, Sistema Oral de Yopal, profirió sentencia escrita el día 13 de agosto de 2014, en la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

23. En lo que respecta a la liquidación de la asignación de retiro con el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%, expuso que el artículo 4 de la Ley 131 de 1985[15] consagró que quienes prestaran el servicio militar voluntario devengarían una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un sesenta por ciento (60%), y que, independientemente de su denominación, tal emolumento cumplía una función remuneratoria, por lo que no era viable desconocer el derecho que frente a tal prestación había adquirido el demandante, máxime si se tenía en cuenta que a través del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 se reiteró que los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento de una contraprestación, a la que se le asignó la denominación de salario.

24. Frente al punto expuso que el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 consagró que los soldados profesionales que se vincularan a las Fuerzas Militares devengarían una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, incrementado en un 40%. Empero, previó

[14] Folios 224-291
[15] «Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario».

una regla especial para quienes al 31 de diciembre del año 2000 se desempeñaban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, según la cual su asignación mensual equivaldría a un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60%.

25. Por lo anterior, luego de valorar las pruebas obrantes en el expediente, las cuales acreditaron que el señor Julio César Benavides Borja prestó sus servicios al Ejército Nacional como soldado voluntario desde el 18 de noviembre de 1992 hasta el 31 de octubre de 2003 e igualmente que desde el 1 de noviembre de 2003 hasta el 30 de mayo de 2011 ostentó la calidad de soldado profesional, concluyó que el demandante se encontraba dentro de la excepción prevista en el inciso final del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 y, en tal virtud, su asignación de retiro debía liquidarse con un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

26. En relación con los porcentajes y partidas computables para liquidar la asignación de retiro, precisó que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares no dio cabal cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, lo que generó un detrimento en el monto final de la asignación de retiro del señor Benavides Borja. Lo anterior por cuanto para obtener la asignación de retiro en consonancia con la norma, CREMIL debía efectuar la siguiente operación: al salario básico incrementado en un 60% se le aplicaría posteriormente el 70% y a este resultado se le sumaría la prima de antigüedad del 38,5%.

27. En tercer lugar, estimó que existe vulneración del derecho a la igualdad al consagrar el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de ciertos miembros de las Fuerzas Militares y excluirla, sin justificación alguna, para la de los soldados profesionales, quienes soportan de forma más directa las consecuencias del conflicto interno. Aunado a lo anterior, resaltó que, como dentro de los haberes devengados por el demandante en su última nómina de servicio se encontraba tal partida, era procedente ordenar su inclusión en la asignación de retiro.

28. En consecuencia:

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 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) Precisó 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%[16] de la prima de antigüedad (de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004); el resultado que arrojara 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.

RECURSO DE APELACIÓN[17]

29. 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:

30. 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

[16] 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.
[17] Folios 224 a 265 C. 1.

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.

31. 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.

32. 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 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.

33. 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.

34. Por último, señaló que no se configuraba ninguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo[18].

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

35. Solo presentó alegatos la parte demandante quien, en síntesis, reiteró los argumentos expuestos en sus otras intervenciones procesales.

[18] Pese a que la demanda se presentó en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

36. No emitió concepto.[19]

SOLICITUD DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA

37. Por medio de auto del 6 de abril de 2016[20], el Tribunal Administrativo de Casanare remitió el proceso a la Sección Segunda de esta Corporación, para que asumiera el conocimiento de este asunto por importancia jurídica y trascendencia económica y social, al considerar que se cumplían los requisitos contemplados en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011.

38. Al respecto, sostuvo que, tratándose del tema de la reliquidación de la asignación de retiro con el incremento del 60% y la inclusión del subsidio familiar, no hay posición unánime del Consejo de Estado. Ello lo evidenció en lo siguiente: el Tribunal Administrativo de Casanare ha proferido varias sentencias en las cuales ha confirmado el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable para la prestación y ha revocado el incremento del 60% del salario mínimo, precisando que contra algunas de esas sentencias se han presentado acciones de tutela, que han dado lugar a decisiones diversas, toda vez que algunas se han rechazado por improcedentes, otras se han negado y también se encuentran algunas en las que se ha accedido al amparo solicitado, lo que evidencia que la posición de esta corporación no ha sido unánime.

39. Por otra parte, anotó que estos reconocimientos prestacionales tienen gran trascendencia desde el punto de vista económico pues impactan de forma directa el presupuesto general de la Nación y el presupuesto asignado a CREMIL, aunado a que el monto de la asignación de retiro afecta a los soldados profesionales y a sus familias.

40. De otro lado, a través de Oficio 20185000062391-DDJ del 14 de septiembre de 2018, el director de Defensa Jurídica Nacional de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado[21] solicitó a la Sección Segunda de esta corporación unificar jurisprudencia en relación con 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;

---

[19] Folio 74 C. Principal.
[20] Folios 85-88 C. Principal.
[21] Quien tiene facultad para participar en los procesos judiciales o administrativos en los que la Nación o las entidades públicas del orden nacional sean parte demandante o demandada o deban intervenir, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1444 de 2011 y el Decreto 4085 de 2011.

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 inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad;
v) reajuste de la asignación de retiro de los soldados profesionales para que se reconozca por cada año de servicio adicional a los 20 años de servicio, un 4%, tal y 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.

41. En dicho oficio se indicó, además, que los aludidos temas han suscitado una masiva presentación de demandas, y que tal como lo registra el sistema de información *Ekogui* de esa Agencia, actualmente existen 5189 procesos que ascienden a más de 11 billones de pesos, por temas relacionados con la asignación de retiro de soldados profesionales, respecto de los cuales, existe diversidad de criterios interpretativos.

CONSIDERACIONES

Competencia

42. De conformidad con el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011[22], el Consejo de Estado podrá asumir el conocimiento de los asuntos pendientes de fallo que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público, por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o por necesidad de sentar jurisprudencia.

43. Adicionalmente, la Sección Segunda del Consejo de Estado es competente para proferir sentencia de unificación dentro del asunto de la referencia, en

[22]Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público. En estos casos corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las secciones. Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso.
Para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición deberá formularse mediante una exposición sobre las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia económica o social o a necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.
Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia. En este caso, la solicitud que eleve una de las partes o el Ministerio Público para que el Consejo de Estado asuma el conocimiento del proceso no suspenderá su trámite, salvo que el Consejo de Estado adopte dicha decisión.
La instancia competente decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto, mediante auto no susceptible de recursos.

atención a lo previsto en los artículos 13A[23] y 14[24] del reglamento interno de esta Corporación (Acuerdo 58 de 1999).

44. En este caso, el proceso fue avocado para su conocimiento por la Sala de Sección por medio de auto del 31 de octubre de 2018, al considerar que, en el presente asunto, se daban los supuestos y los requisitos de orden legal y reglamentario para que la Sección Segunda del Consejo de Estado profiriera una sentencia de unificación. Lo anterior, en atención a lo siguiente:

i) El Tribunal Administrativo de Casanare, mediante providencia del 6 de abril de 2016, solicitó a esta corporación asumir el conocimiento del proceso, con el propósito de proferir sentencia con fines de unificación dada la necesidad de sentar jurisprudencia en lo que respecta a la reliquidación de la asignación de retiro con el salario mínimo incrementado en un 60% y, en lo referente al subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados voluntarios que fueron incorporados como profesionales.

ii) La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado[25] pidió a esta Sección que unificara jurisprudencia en relación con la asignación de retiro de los soldados profesionales, dado el cúmulo de demandas que a la fecha existían sobre el tema, y la diversidad de criterios interpretativos que se presentaban.

45. En efecto, revisados los antecedentes jurisprudenciales sobre cada uno de los temas propuestos, se advierte lo siguiente:

I) Reliquidación de la asignación de retiro del 40% al 60% para el caso de los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales. Asignación salarial que debe tenerse en cuenta para efectuar la liquidación de la asignación de retiro

---

[23] «Artículo 13A. Otros asuntos asignados a las secciones según su especialidad. Cada una de las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, atendiendo al criterio de especialidad, también tendrá competencia para:
[…]
2. Dictar las sentencias de unificación jurisprudencial por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, en relación con los asuntos que provengan de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos. Las Secciones podrán asumir conocimiento a solicitud de parte, de oficio, por petición del Ministerio Público o por remisión de las Subsecciones o de los Tribunales Administrativos.
[…]»

[24] «Artículo 14. División y funcionamiento de la sección segunda. La Sección Segunda se dividirá en dos (2) Subsecciones, que se denominarán A y B, cada una de las cuales estará integrada por tres (3) consejeros. En caso de retiro de un consejero, quien lo reemplace ocupará su lugar en la respectiva Subsección.
PARÁGRAFO 1o. Cada Subsección decidirá, los procesos a su cargo en forma autónoma. Sin embargo, las Subsecciones sesionarán conjuntamente:
1. Para unificar, adoptar o modificar la jurisprudencia de la Sección, con el fin de evitar decisiones contradictorias sobre el mismo punto de derecho, a petición de cualquiera de sus miembros. […]»

[25] Quien tiene facultad para participar en los procesos judiciales o administrativos en los que la Nación o las entidades públicas del orden nacional sean parte demandante o demandada o deban intervenir, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1444 de 2011 y el Decreto 4085 de 2011.

46. El Tribunal Administrativo de Casanare estimó que el salario que se debía tener en cuenta para liquidar la asignación de retiro del soldado que pasó de ser voluntario a profesional por virtud del Decreto 1793 de 2000, debía ser objeto de unificación por razones de importancia jurídica y trascendencia económica y social, en consideración a que este aspecto es relevante para todos los soldados profesionales que se encuentran en la misma situación fáctica frente a esta prestación.

47. Al respecto, encuentra la Sala que es necesario esclarecer la incidencia del inciso segundo del artículo primero del Decreto 1794 de 2000 en el salario del personal anteriormente mencionado, para efectos de determinar su impacto en la liquidación de la asignación de retiro, habida cuenta de que dicha norma dispone:

> ARTICULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.
> Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).

48. El contenido normativo transcrito fue objeto de diferentes apreciaciones en sede judicial, pues, en unos casos, se consideró ajustada a derecho la interpretación según la cual, los soldados voluntarios incorporados como profesionales debían devengar un salario mínimo incrementado en un 40%, mientras que en otras oportunidades, se admitió que lo que correspondía era un salario mínimo mensual incrementado en un 60%. Esto promovió que se instauraran procesos en los que se reclamó un ajuste del 20%, situación que hizo imperativo que esta corporación efectuara un pronunciamiento de unificación jurisprudencial sobre el punto objeto de controversia en la sentencia del 25 de agosto de 2016[26], en la cual se fijaron las siguientes reglas:

> En armonía con las consideraciones expuestas, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado unifica su jurisprudencia en materia de reconocimiento del reajuste salarial del 20% reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente fueron incorporados como profesionales, y fija las siguientes reglas jurisprudenciales para decidir las controversias judiciales relacionadas con el referido asunto:
>
> **Primero.** De conformidad con el inciso 1º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales vinculados por vez primera, a partir del 1º de

[26] Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, radicación: 85001333300220130006001(3420-15) CE-SUJ2-003-16, actor: Benicio Antonio Cruz.

enero de 2000, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%.

Segundo. De conformidad con el inciso 2º del artículo 1º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley 131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

Tercero. Sobre el reajuste salarial y prestacional del 20% que se ordene a favor de los soldados voluntarios, hoy profesionales, la parte demandada condenada, deberá efectuar de manera indexada los respectivos descuentos en la proporción correspondiente, por concepto de aportes a la seguridad social integral y demás a que haya lugar.

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.

49. De lo anterior, se observa que la segunda regla establecida en esta sentencia hizo referencia a la asignación salarial mensual de los soldados profesionales y en la tercera y la cuarta a un reajuste prestacional, sin embargo, en tal providencia no se abordó el estudio ni se definieron las reglas relativas al porcentaje de incremento que debe tenerse en cuenta en la asignación de retiro de los soldados profesionales, en atención a que este aspecto no era objeto de debate en aquella oportunidad.

50. Ahora bien, examinados los pronunciamientos del Consejo de Estado sobre el tema se encuentran varios, especialmente dentro de acciones de tutela, en los cuales, mayoritariamente, se concluyó que era válido, de acuerdo con la norma, entender que a los soldados voluntarios que pasaron a ser profesionales, debía liquidárseles la asignación de retiro en un salario mínimo acrecentado en el 60%[27], toda vez que esta interpretación se acompasaba con el criterio jurisprudencial definido en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016[28], antes citada.

---

[27] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 29 de abril de 2015, radicación: 11001031500020150080100 (AC), actor: José Edgar Moncada Rangel; Sección Primera, sentencia del 4 de agosto de 2016, Radicación: 11001031500020160098701(AC), actor: Miguel Ángel Ruiz Guerrero; Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 18 de enero de 2016, radicación: 11001031500020150287700 (AC), actor: Cecilio Cabezas Quiñonez.

[28] En este sentido, se pueden consultar las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Primera, 16 de octubre de 2014, radicación: 11001031500020140229300(AC), actor: Raúl Casas Ovalle; Sección Segunda Subsección B, sentencia del 24 de junio de 2015, radicación: 11001031500020150125600(AC), actor: Carlos Julio Mayorga Castañeda; Sección Cuarta, sentencia del 11 de mayo de 2016, radicación: 11010315000201600822 00(AC), actor: Jairo Mendoza Mendoza; Sección Quinta, sentencia del 6 de septiembre de 2017, radicación: 11001031500020170190600(AC), actor: Humberto Duarte Benavides. Esta

II) Legitimación de CREMIL para decidir sobre el reajuste de la asignación de retiro.

51. Así mismo, surge la necesidad de definir si, para solicitar la reliquidación de la asignación de retiro con el 20% adicional, es necesario que previamente se hubiera solicitado la reliquidación del salario devengado en servicio activo al Ministerio de Defensa Nacional o si es viable acudir directamente a CREMIL para requerir este ajuste, toda vez que, sobre el particular, también se presentan diferencias que se han visto reflejadas en el hecho de que en algunas providencias se consideró que la Caja de Retiro no se encontraba legitimada en la causa para resolver sobre una petición inicial de reliquidación de la asignación de retiro con base en un IBL distinto al salario que devengó el servidor en actividad[29], mientras que en otras, se acogieron las pretensiones instauradas en tal sentido, contra dicha entidad[30].

52. En ese orden, se advierte que no existe una sentencia proferida por el Consejo de Estado, en ejercicio de la función de máximo tribunal de lo contencioso administrativo, con fines de unificación, que se constituya en precedente vinculante[31] frente al tema y que ofrezca un criterio unificado aplicable a los casos que se encuentren en similar situación fáctica, lo cual demuestra la necesidad de sentar jurisprudencia frente a este particular, máxime cuando acá se debate acerca de la procedencia o no de la reliquidación de la asignación de retiro de los soldados voluntarios que fueron incorporados como profesionales.

III) La interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, sobre la forma de computar la prima de antigüedad en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

---

posición fue acogida en el proceso de restablecimiento del derecho que se tramitó en la Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de marzo de 2017, radicación: 660012333000201300079 01(2898-14), Actor: Luis Aníbal Clavijo Velásquez.

[29]Ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Cuarta, sentencia del 4 de febrero de 2016, radicación: 11001031500020150304100(AC), actor: Ubeimar Laureano García; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 11 de mayo de 2016, radicación: 11001031500020160076600 (AC), actor: José Correa Niño; Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 9 de agosto de 2016, radicación: 11001031500020160178900(AC), actor: Efren Castaño Bejarano; Sección Cuarta, sentencia del 30 de agosto de 2016, radicación: 11001031500020160184000(AC), actor: David Chavarro León; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 14 de diciembre de 2016, radicación: 11001031500020160288100(AC), actor: Luis Custodio Mejía Silva; Sección Quinta, sentencia del 6 de septiembre de 2017, radicación: 11001031500020171041 01 (AC), actor: Ramiro de Jesús Tamayo Henao; Sección Cuarta, sentencia del 28 de mayo de 2015, radicación: 11001031500020150000701(AC), actor: Jorge Eliecer Villalba Zapata.

[30] Ver sentencias del Consejo de Estado: Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 18 de enero de 2016, radicación: 11001031500020150287700 (AC), actor: Cecilio Cabezas Quiñonez; Sección Cuarta, sentencia del 11 de mayo de 2016, radicación: 11010315000201600822 00(AC), actor: Jairo Mendoza Mendoza; Sección Primera, sentencia del 4 de agosto de 2016, radicación: 11001031500020160098701(AC), actor: Miguel Ángel Ruiz Guerrero.

[31] Sobre la ausencia de un precedente vinculante en este tema se puede consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de septiembre de 2017, radicación: 11001-03-15-000-2017-01041-01(AC), actor: Ramiro de Jesús Tamayo Henao.

53. En relación con este aspecto, se observa que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 prevé:

> Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

54. La norma en comento ha sido objeto de varias interpretaciones que se traducen en la fórmula a implementar para efectos de liquidar la mesada de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues, mientras CREMIL estima que al salario se le debe adicionar el porcentaje de la prima de antigüedad y a este valor aplicarle el 70% para calcular la mesada[32], el Consejo de Estado, a través de sus diferentes secciones, ha entendido que la correcta aplicación de la norma se da si se tiene en consideración el 70% del salario mensual, adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad, porcentaje que, en todo caso, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual[33]. En otras palabras, se debe calcular a partir del 70% del salario devengado que percibía mensualmente, y, al resultado de este valor, se le debe sumar el 38.5% de la prima de antigüedad[34].

55. Sobre este tópico se consideró que no hacerlo así, sino calcular la prestación sobre el 70% del valor que se obtiene de sumarle a la asignación salarial mensual el 38.5% de la prima de antigüedad, implica una afectación indebida de esta última partida, que va en detrimento de la prestación que perciben los soldados profesionales[35].

---

[32] Asignación de retiro = (salario + prima de antigüedad) /70%.

[33] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de marzo de 2017, Radicación: 66001233300020130007901(2898-14), Actor: Luis Aníbal Clavijo Velásquez.

[34] Asignación de retiro = (salario*70%) + prima de antigüedad.

[35] Ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Primera, sentencia de 11 de diciembre de 2014, radicación: 11001031500020140229201(AC), actor: Omar Enrique Ortega Flórez; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 24 de febrero de 2015, radicación: 11010325000201404420 00 (AC), actor: Alfonso Castellanos Galvis; Sección Segunda, Subsección A, sentencia 29 de abril de 2015, radicación: 11001031500020150080100; posición reiterada en las siguientes providencias: Sección Segunda Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2016, radicación:11001031500020150261501 (AC), actor: Tito Enrique Valbuena Ortiz; Sección Cuarta, sentencia del 11 de mayo de 2016, radicación: 1100103-150002016-00822-00(AC), actor: Jairo Mendoza Mendoza; Sección Quinta, sentencia del 7 de julio de 2016, radicación: 11001031500020160169500(AC), actor: José Antonio Cualla Sigua; Sección Primera, sentencia del 23 de junio de 2017, radicación: 11001031500020170105800(AC), actor: Edwing Guerrero Galvis; Sección Primera, sentencia del 14 de septiembre de 2017, radicación: 11001031500020170152700, actor: José Alirio Camargo Pérez.

56. Adicionalmente, se indicó que la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula a partir de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional en el momento de adquirir el derecho a la asignación de retiro, de allí que, el 38.5% que debe incluirse en aquella, se obtiene por la aplicación de la regla descrita, y no del valor de la prima que certifique la entidad como devengada por el beneficiario de la prestación en el año de causación del derecho, pues esta última opción disminuye el valor por este concepto.

57. Es de anotar que según se informó en el Oficio radicado 20185000062391-DDJ del 14 de septiembre de 2018 de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para interpretar el contenido del artículo citado, CREMIL adoptó el Concepto núm. 2014-6000006331 del Departamento Administrativo de la Función Pública del 17 de enero de 2014, en el cual se indicó que «la asignación de retiro de los soldados profesionales equivale al setenta por ciento (70%) de la suma de los dos factores determinantes: el primero, el salario mensual, lo que conforme al artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 equivale al valor de un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario, y segundo, el valor equivalente al treinta y ocho por ciento (38%) del valor de la prima de antigüedad correspondiente al respectivo soldado profesional», precisando que «al resultado de estos dos factores se le debe estimar el valor del setenta por ciento (70%), el cual finalmente constituye el valor que por concepto de asignación de retiro debe reconocerse al respectivo soldado profesional retirado del servicio».

58. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado indicó que se han dado diversas interpretaciones al artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, por lo que es necesario que el Consejo de Estado establezca cuál es el correcto entendimiento de la norma.

59. Aunado a lo anterior, se advierte que sobre este punto el Consejo de Estado tampoco ha proferido una sentencia de unificación como máximo tribunal de lo contencioso administrativo que se constituya en precedente vinculante que oriente la materia[36], de manera que surge con claridad la necesidad de un pronunciamiento en tal sentido.

IV) Las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales

60. En relación con esta materia, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado informó que se han presentado diferencias con los siguientes temas:

i) Subsidio familiar y

[36] Sobre la ausencia de precedente vinculante en esta materia ver la providencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 4 diciembre de 2015, radicación: 1001-03-15-000-2015-02827-00 (AC), Actor: Edelberto González Amado.

ii) Duodécima parte de la prima de navidad

61. En lo que respecta al **subsidio familiar** se ha discutido si debe o no ser tenido en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales. Ello, por cuanto este personal ha reclamado la inclusión de tal emolumento como partida computable para la liquidación de su asignación de retiro, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto 1161 de 2014[37] y el Decreto 1162 de 2014[38], los cuales establecieron que a partir de julio de 2014, debía tenerse en cuenta el subsidio familiar como partida computable, en cuantía del 30%.

62. Es de anotar que, con anterioridad a dicha normativa, los soldados profesionales en actividad devengaban, con fundamento en el Decreto 1794 de 2000, un subsidio familiar que equivalía al 4% de su salario básico mensual más la prima de antigüedad. Tal disposición fue derogada por el Decreto 3770 de 2009[39] el cual, pese a eliminar el subsidio familiar, precisó que este se mantendría para los soldados que venían devengándolo hasta la fecha de su retiro, con la aclaración de que el valor del subsidio familiar consagrado en el Decreto 1794 de 2000, era el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% del salario básico mensual +100% de la prima de antigüedad mensual.

63. Por su parte, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que contempla cuáles son las partidas computables para efectos de liquidar la asignación de retiro del personal de las Fuerzas Militares, no prevé para los soldados profesionales el subsidio familiar. El texto del artículo en cita es del siguiente tenor:

> ARTÍCULO 13. PARTIDAS COMPUTABLES PARA EL PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:
>
> 13.1 Oficiales y Suboficiales:
> 13.1.1 Sueldo básico.
> 13.1.2 Prima de actividad.
> 13.1.3 Prima de antigüedad.
> 13.1.4 Prima de estado mayor.
> 13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6o del presente Decreto.
> 13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.
> 13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

---

[37] «Por el cual se crea el subsidio familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales y se dictan otras disposiciones».
[38] «Por el cual se dictan disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares».
[39] El cual por su parte, fue declarado nulo por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

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

13.2 **Soldados Profesionales**:
13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1o del Decreto-ley 1794 de 2000.
13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

PARÁGRAFO. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

64. Se observa entonces que la norma transcrita consagra como partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales el salario mensual y la prima de antigüedad, sin embargo, para los oficiales y suboficiales se incluyen otros factores, dentro de ellos, el subsidio familiar. Esta situación ha llevado a los primeros a reclamar la inclusión del emolumento en mención para efectos de calcular su mesada, asunto que ha sido objeto de estudio por parte del Consejo de Estado en sus secciones, pero respecto del cual tampoco se ha proferido una sentencia de unificación. En este contexto, se advierte que algunos tribunales administrativos se ajustaron al criterio literal y taxativo de la norma que definía los factores computables para la asignación de retiro, mientras que otros sostenían que el subsidio familiar sí debía tenerse en cuenta para la liquidación de la prestación.

65. Lo anterior generó la interposición de múltiples acciones de tutela ante esta Corporación, que dieron lugar a la expedición de la sentencia del 17 de octubre de 2013[40], en la cual, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado consideró que la exclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales atentaba contra el derecho a la igualdad, con base en el siguiente razonamiento:

En efecto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece un trato diferenciado, al incluir el subsidio familiar en la liquidación de los Oficiales y Suboficiales, empero, no la incluyó en los Soldados Profesionales, sin que se vislumbre justificación razonable para tal exclusión.

Por el contrario, si se tiene en cuenta que la finalidad del plurimencionado subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo en consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para los Oficiales y Suboficiales que

[40] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 17 de octubre de 2013, radicación: 11001031500020130182101 (AC), actor: José Narcés López Bermúdez.

se encuentran un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales.

Así pues, a luz de la Carta Política y los postulados del Estado Social de Derecho, resulta inaceptable que el Decreto 4433 de 2004 haya previsto el subsidio familiar como partida computable para los miembros de las Fuerza Pública que tienen una mejor categoría - los Oficiales y Suboficiales - dejando por fuera a los que devengan un salario inferior y en consecuencia, a quienes más lo necesitan, los Soldados Profesionales.

66. Acorde con lo anterior, la vulneración al derecho a la igualdad y la finalidad del subsidio familiar han sido el punto de partida para distintos pronunciamientos dentro de acciones de tutela instauradas contra las sentencias proferidas por los tribunales administrativos del país, y se ha asumido como el argumento central para restarle validez al criterio de la taxatividad en relación con los factores que se deben incluir en la liquidación de la prestación objeto de estudio[41], el cual, a su vez, se vio reflejado en el pronunciamiento emitido dentro de un proceso de restablecimiento del derecho del 27 de octubre de 2016[42], empero, no se ha proferido una sentencia de unificación en la materia.

67. Así mismo, precisa la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en el oficio atrás referido, que dada la diversidad de porcentajes y criterios para la liquidación y reconocimiento de la asignación de retiro, se están presentando demandas en contra de CREMIL con el fin de esta prestación se liquide incluyendo como partida el subsidio familiar y en el porcentaje más favorable.

68. En lo que respecta a la **duodécima parte de la prima de navidad**, es importante anotar que, de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esta integra las partidas que se deben tener en cuenta para liquidar la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales, pero no para los soldados profesionales.

69. A su turno, el artículo 18 del Decreto 4433 de 2004, que contempla los aportes que deben realizar los soldados profesionales a CREMIL, solo prevé cotizaciones sobre el salario mensual y sobre la prima de antigüedad.

---

[41] Dentro de las sentencias en las que se reitera la posición expuesta se pueden ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Cuarta, sentencia del 29 de abril de 2015, radicación: 11001031500020150038000 (AC), actor: Jairo Jaraba Morales; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 29 de abril de 2015, radicación: 11001031500020150080100(AC), actor: José Edgar Moncada Rangel; Sección Primera, sentencia del 28 de mayo de 2015, radicación: 11001031500020150000101(AC), actor: Eduar Chica Zea; Sección Primera, sentencia del 12 de noviembre de 2015, radicación: 11010315000201500009 00(AC), actor: José Ober Dávila Bueno; Sección Primera, sentencia del 23 de junio de 2017, radicación: 11001031500020170105800 (AC), actor: Aedwing Guerrero Galvis; Sección Segunda, sentencia del 4 de septiembre de 2017, radicación: 11001031500020170192200(AC), actor: Oscar Daniel Lenis Morales; Sección Primera, sentencia del 8 de noviembre de 2017, radicación: 11001031500020170152700 (AC), actor: José Alirio Camargo Pérez.

[42] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 27 de octubre de 2016, radicación: 25000234200020130014301 (3663-2014), actor: Armando Guarín Cujaban.

70. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado informó que «actualmente se presentan demandas por parte de soldados profesionales en las que solicitan, que se reajuste su asignación de retiro teniendo en cuenta como partida computable la duodécima parte de la prima de navidad», por lo que la aludida Agencia solicitó a esta corporación que se defina si tal partida debe ser incluida en la liquidación de dicha prestación.

71. Con base en lo anterior, esta sección considera que es indispensable definir cuáles son las partidas computables que deben considerarse para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

V) Porcentaje de liquidación de la asignación de retiro de soldados profesionales. Aplicación de los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015.

72. En relación con la cuantía de la asignación de retiro, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, que como se anotó en precedencia, regula lo relacionado con la asignación de retiro de los soldados profesionales, dispuso que a quienes se retiren o sean retirados del servicio activo con 20 años de servicio, se les pagará una asignación equivalente al 70% del salario mensual, indicado en el artículo 13 *ejusdem*, adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad.

73. Por su parte, el Decreto 991 de 2015 estableció que el monto de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales se fijará teniendo en cuenta la causal de retiro y el tiempo de servicio. En tal virtud, después de 15 años de servicio, este personal tiene derecho a una asignación de retiro equivalente al 50% de las partidas establecidas en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, y a que por cada año adicional de servicio, esta prestación se incremente en un 4%, sin que el total pueda sobrepasar el 85%. Así mismo, contempla que luego de cumplidos 24 años de servicios, el incremento será del 2% por cada año adicional al servicio, sin que sobrepase el 95% de las partidas computables.

74. Con base en lo anterior, los soldados profesionales están presentando pluralidad de demandas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en las cuales solicitan que se reajuste su asignación de retiro teniendo en cuenta las reglas dispuestas en el artículo 1 del Decreto 991 de 2015, esto es, que se pueda incrementar su asignación un 4% por cada año de servicio luego de cumplidos los 15 años de servicio y en un 2% después de los 20 años de servicio.

75. En consecuencia, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado solicitó definir cuál es la regla aplicable para calcular la asignación de retiro de los soldados profesionales.

76. Por todo lo visto, y a fin de precisar en su integridad lo relacionado con la asignación de retiro de los soldados profesionales, la Sala de Sección considera necesario unificar jurisprudencia en relación con lo siguiente:

I. El reajuste del 40% al 60% de la asignación de retiro de los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales. Asignación salarial que debe tenerse en cuenta para liquidar la asignación de retiro.
II. Legitimación de CREMIL para decidir sobre el reajuste de la asignación de retiro.
III. La interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, sobre la forma de computar la prima de antigüedad en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.
IV. Las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.
V. Porcentaje de liquidación de la asignación de retiro de soldados profesionales. Aplicación de los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015.

77. Una vez definidas las reglas de unificación, se resolverán los problemas jurídicos correspondientes al caso objeto del recurso de alzada.

78. Para tales efectos, la Sala abordará el estudio de los siguientes temas:

i) El derecho a la seguridad social;
ii) La asignación de retiro: evolución histórica y naturaleza jurídica;
iii) Régimen de la asignación de retiro de los soldados profesionales;
iv) Partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados;
v) Subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales;
vi) Asignación básica para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales;
vii) Legitimación de CREMIL para decidir sobre el reajuste de la asignación de retiro con el 60% de la asignación básica mensual.
viii) Forma de liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales. Interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.
ix) Reglas de unificación.
x) Efectos en el tiempo de las reglas de unificación.

1. El derecho a la seguridad social

79. El Estado Colombiano ha sido parte en varios instrumentos internacionales que se han ocupado de la seguridad social como derecho que procura el bienestar general de una sociedad a través de normas, instituciones y procedimientos en materia de salud y de medios económicos ante riesgos y contingencias que se presentan en la vida de las personas.

80. Para señalar algunos de tales instrumentos internacionales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 22, consagró que «Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad» y en el artículo 25 estipuló que toda persona «tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad».

81. Asimismo, en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales los Estados Partes reconocieron «el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social» y en idéntico sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 16, estipuló que «Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia».

82. En relación con este aspecto, el preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)[43] señaló la importancia de las pensiones de vejez y de invalidez como una de las condiciones laborales que deben garantizarse a fin de alcanzar la paz. Posteriormente, en 1952, se suscribió el Convenio 102 de la OIT sobre la seguridad social (norma mínima), la cual contempló la pensión de vejez, como una garantía mínima para las personas protegidas[44]. Luego, se suscribió el Convenio 128 sobre las prestaciones de vejez, invalidez y muerte (1967), en el que se resalta la importancia de esas prestaciones sociales[45].

83. Es de anotar que, aunque tales instrumentos internacionales no han sido ratificados por Colombia, estos hacen parte del denominado *soft law* o

---

[43] Preámbulo de la Constitución de la OIT: «Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social; Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas; Considerando que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países: Las Altas Partes Contratantes, movidas por sentimientos de justicia y de humanidad y por el deseo de asegurar la paz permanente en el mundo, y a los efectos de alcanzar los objetivos expuestos en este preámbulo, convienen en la siguiente Constitución de la Organización Internacional del Trabajo»

[44] Artículo 25 del Convenio 102 de 1952.

[45] Los Convenios 102 de 1952 y 128 de 1967 no han sido ratificados por Colombia. Ver página web de la oit: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11210:0::NO:11210:P11210_COUNTRY_ID:102595

derecho blando internacional y tienen utilidad interpretativa al armonizarlos con la Constitución y las normas que han consagrado el carácter esencial de la seguridad social y del derecho pensional.

84. En efecto, la Ley 319 de 1996 aprobó el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales «Protocolo de San Salvador», en el cual se reconoció el derecho a la seguridad a toda persona «que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa».

85. Por su parte, la Ley 516 de 1999 aprobó el Código Iberoamericano de Seguridad Social[46], el cual en su parte primera sobre principios fundamentales consagra la seguridad social como un derecho inalienable del ser humano (artículo 1), asumiendo los Estados un compromiso de progresividad en la materia.

86. A su vez, el artículo 48 de la Constitución Política consagra la seguridad social como un derecho irrenunciable y como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos en que lo establezca la ley.

87. Precisamente, el carácter de irrenunciables conlleva un trato especial al tema pensional en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues ni siquiera se encuentra sometido al requisito de procedibilidad de la conciliación como presupuesto para el ejercicio del derecho de acción, condición que la jurisprudencia de esta sección derivó de su carácter de derechos ciertos e indiscutibles[47].

88. Uno de los componentes del derecho a la seguridad social es aquella prestación que tiene la finalidad de amparar la contingencia de la vejez, de manera que se le permita al afiliado mantener las condiciones necesarias para su subsistencia y de esta manera «garantizar al trabajador que, una vez transcurrido un cierto lapso de prestación de servicios personales y alcanzado el tope de edad que la ley define, podrá pasar al retiro, sin que ello signifique la pérdida del derecho a unos ingresos regulares que le permitan su digna subsistencia y la de su familia, durante una etapa de la vida en que, cumplido ya el deber social en qué consiste el trabajo y disminuida su fuerza laboral, requiere una compensación por sus esfuerzos y la razonable diferencia de trato que amerita la vejez»[48].

---

[46] Acordado por unanimidad en la «Reunión de Ministros - Máximos Responsables de Seguridad Social de los Países Iberoamericanos», celebrada en Madrid (España) los días dieciocho (18) y diecinueve (19) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995), declarado exequible por la Corte en sentencia C- 125 de 2000.

[47] Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, radicación: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, actor: Lucinda María Cordero Causil.

89. Ahora bien, conviene señalar que, si bien la Convención Americana de Derechos Humanos no trae una regulación específica en lo relativo a la seguridad social y particularmente en materia pensional, lo cierto es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sí ha hecho mención respecto de la protección que tal instrumento internacional extiende en esta prestación.

90. En efecto, en el caso «Los Cinco Pensionistas» contra Perú[49], identificó la pensión, vista desde la óptica de un derecho adquirido, dentro del radio del derecho a la propiedad privada, en los términos del artículo 21 de la Convención, por haberse incorporado al patrimonio de las personas, en virtud de la función Social del Estado, que puede enmarcarse dentro de las previsiones del artículo 26 del mismo documento, sobre el compromiso adquirido por los Estados Partes de adoptar providencias para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

91. En ese orden, y bajo los principios constitucionales, la Ley 100 de 1993 organizó el Sistema de Seguridad Social Integral como un conjunto de obligaciones del Estado y la sociedad, con instituciones y recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, y las demás que se llegaren a incorporar normativamente en el futuro, con el objeto de garantizar esos derechos irrenunciables de las personas[50], a través de la protección de las contingencias que las puedan afectar[51], y les permitan tener una calidad de vida acorde con la dignidad humana. Estas condiciones no pueden ser desconocidas por las autoridades públicas, sin embargo, el artículo 279, excluyó de su aplicación a las Fuerzas Militares y de Policía Nacional y al personal regido por el Decreto 1214 de 1990, de manera que este personal tiene su régimen propio como pasa a estudiarse.

2. La asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. Evolución histórica y naturaleza jurídica.

92. La Ley 149 de 1896 consagró por primera vez las recompensas y pensiones militares. Así, denominó recompensas militares a las cantidades de dinero que se concedían por una sola vez a los miembros del Ejército y de la Armada como premios por actos ejecutados en servicio de la patria, y pensiones militares a «las cantidades que se suministran de por vida y periódicamente a la misma clase de individuos, en atención al tiempo que

---

[48] Corte Constitucional sentencia C-107 de 2002.
[49] Corte IDH. Caso «Cinco Pensionistas» Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.
[50] Artículo 1 de la Ley 100 de 1993.
[51] Ibidem.

hayan servido»[52]. Esta denominación de pensión y recompensas militares se mantuvo en la Ley 21 de 1904[53] y en la Ley 71 de 1915[54], la cual señaló en su artículo 14, que la pensión se liquidaría con base en el sueldo mensual de actividad correspondiente al último grado de servicio del oficial.

93. Luego se expidió la Ley 75 de 1925[55], que cambió la denominación de pensión a «sueldo de retiro»[56], y estableció una «caja especial» para atender el pago de dichos emolumentos, la cual estaría constituida por las sumas pagadas por los oficiales, una subvención otorgada por la Nación que se incorporaría en la Ley de Apropiaciones de la vigencia correspondiente, por cualquier otra donación o prestación que se le hiciere, y por los intereses que devengaran todas estas sumas[57]. Esta ley solo consagró la pensión para oficiales del Ejército Nacional y en los casos en que su separación de la institución castrense se efectuara por edad, por invalidez o por enfermedad contraída por razón del servicio, y en una cuantía del 30% para quien llevare 15 años, y un 3% más cada año de servicio hasta 30 años.

94. Posteriormente, la Ley 104 de 1927[58] reconoció el «sueldo de retiro» al personal de suboficiales[59] que llevaren mínimo 15 años de servicio, precisándose que para el pago de dicha prestación se destinaría anualmente, «durante cinco años consecutivos, la cantidad de treinta mil pesos, que serán pagados al Tesoro Nacional, con ingreso a la Caja de Sueldos de Retiro de los Suboficiales del Ejército»[60] y que «a partir del mes de enero de 1928 todos los suboficiales en servicio activo dejarán de su sueldo mensual y a favor de la Caja de retiro de suboficiales el 2 por ciento».

95. Con la Ley 15 de 1929, se incrementó al 4% el valor que debían pagar los oficiales con destino a la Caja de Retiro y con la Ley 2 de 1945[61] pasó a ser el 6%.

96. En el Decreto Legislativo 501 de 1955[62] se consagró la asignación de retiro como una prestación social de carácter vitalicia. Esta naturaleza prestacional

---

[52] Artículo 1.

[53] Esta ley consagró en su artículo 2 como causales de pensión: «1. Tiempo de servicio en la guerra de la Independencia; 2. Hecho señalado y heroico ejecutado en defensa de la Nación o del Gobierno legítimo y que haya ilustrado el nombre de su autor, colocándolo en primera línea entre los beneméritos de la Patria. 3. Dirección suprema, con mando de ejército, de campañas y batallas de excepcional importancia en defensa de la Nación o de las instrucciones, que hayan ilustrado el nombre de su autor; 4. Servicios prestados a la Republica en guerra exterior que hayan merecido condecoración a sus autores o mención honorifica; 5. Tiempo de servicio posterior a la guerra de Independencia».

[54] «Sobre retiro, pensiones y recompensas para los miembros del Ejército».

[55] «Sobre retiro, pensiones y recompensas para los miembros del Ejército».

[56] «Sobre sueldo de retiro para Oficiales del Ejército, y por la cual se dictan algunas disposiciones sobre pensiones militares»

[57] Artículo 8.

[58] «Por la cual se determina la jerarquía y condiciones de reclutamiento, ascenso y retiro de los Suboficiales del Ejército»

[59] Artículo 18.

[60] Artículo 19.

[61] «Por la cual se reorganiza la carrera de oficiales del Ejército, se señalan prestaciones sociales para los empleados civiles del ramo de Guerra y se dictan otras disposiciones sobres prestaciones sociales a los individuos de tropa».

[62] «Por medio del cual se reorganiza la carrera profesional de Suboficiales de las Fuerzas Militares y Marinería de la Armada Nacional»

se reiteró en el Decreto 3071 de 1968, el cual fue expedido en uso de las facultades conferidas por la Ley 65 de 1967[63]. En efecto, en el capítulo II reguló la asignación de retiro como una prestación social a la que tenían derecho los oficiales y suboficiales después de 15 años de servicio. Así mismo, esta norma incrementó el porcentaje de cotización a favor de la Caja de Retiro al 8% para oficiales y suboficiales en servicio activo. Tanto la naturaleza prestacional de la asignación de retiro como el porcentaje de cotización a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se mantuvo en los Decretos 2337 de 1971[64], 612 de 1977[65], 089 de 1984[66], 095 de 1989[67] y 1211 de 1990[68].

97. Posteriormente se promulgó el Decreto 2070 de 2003, por medio del cual el presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 797 de 2003, reformó el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares, regulando, entre otras prestaciones, la asignación de retiro.

98. La Corte Constitucional, a través de la sentencia C-432 de 2004, declaró inexequibles el numeral 3 del artículo 17 de la Ley 797 de 2003 y el Decreto 2070 de 2003, por considerar que estas normas, al regular el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, especialmente, la asignación de retiro, en virtud de facultades extraordinarias, desconocían el artículo 150, numerales 10 y 19, literal e), de la Constitución Política, según el cual, le corresponde al Congreso de la República reglamentar dicha materia a través de leyes marco y no podía hacerlo por medio de una habilitación legal. Aquella decisión implicó la reviviscencia de los preceptos que antes de su expedición venían rigiendo.

99. El 30 de diciembre de 2004, se expidió la Ley 923 en la que se concretaron las normas, objetivos y criterios que debería observar el Gobierno para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política. Al revisar los antecedentes legislativos de tal norma, se observa que el fundamento del régimen se encuentra en «el principio de redistribución de acuerdo al nivel jerárquico, grados, arma y especialidad, en la naturaleza de las funciones y sus responsabilidades de la Fuerza Pública»[69].

100. Una de las finalidades de la norma era ratificar que los requisitos para acceder al derecho de asignación de retiro son **el tiempo de servicios** prestado por el miembro de la Fuerza Pública, incluido el tiempo de

---

[63] La cual revistió al presidente de la República, para entre otras: «[m]odificar el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía, soldados, grumetes, agentes y personal civil al servicio del ramo de la Defensa Nacional» (artículo 1, literal c).
[64] «Por el cual se reorganiza la Carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares».
[65] «Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares».
[66] «Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares».
[67] «Por el cual se reforma el Estatuto de Carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares».
[68] «Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares».
[69] Ver Gaceta del Congreso 578 del 28 de septiembre de 2004. Informe de ponencia para primer debate al proyecto de Ley

formación y **el tiempo de aportes** «que comprende aquel sobre el cual el miembro de la Fuerza Pública en su calidad de servidor público adscrito al sector defensa ha hecho aportes con destino a la seguridad social»[70].

101. Así mismo, en el proyecto se señaló que esta disposición fijaba «una concordancia entre las partidas sobre las cuales se aporta y las partidas sobre las cuales se liquida la asignación de retiro, atendiendo el principio general de seguridad social según el cual las prestaciones de carácter periódico en las cuales existe la obligación de aporte, por parte del servidor deben ser liquidadas con fundamento en aquellas partidas sobre las cuales se hace el aporte.»[71]

102. Con base en lo anterior, en el artículo 2 de la Ley 923 de 2004 se consagró que para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta además de los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad, los siguientes objetivos y criterios:

> […] 2.1. El respeto de los derechos adquiridos. Se conservarán y respetarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma.
>
> 2.2. La sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal.
>
> 2.3. Los riesgos inherentes a la actividad especial de los miembros de la Fuerza Pública aplicando el principio de redistribución de acuerdo con la antigüedad, grados, cuerpo, arma y/o especialidad, la naturaleza de las funciones, y sus responsabilidades.
>
> 2.4. El mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas.
>
> 2.5. Los recursos que se recauden por aportes que se hagan para la asignación de retiro en la Fuerza Pública y sus rendimientos se destinarán en forma exclusiva al pago de asignaciones de retiro y sustituciones pensionales.
> […]

103. Por su parte, el artículo 3 consagró los elementos mínimos que debería tener en cuenta el régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, dentro de los cuales se encuentran:

---

[70] Ibidem.
[71] Ibidem.

3.1. El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años.

A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.

104. Excepcionalmente, para quienes hayan acumulado un tiempo de servicio en la Fuerza Pública por 20 años o más y no hayan causado el derecho de asignación de retiro, podrán acceder a esta con el requisito adicional de edad, es decir, 50 años para las mujeres y 55 años para los hombres.

105. En todo caso, los miembros de la Fuerza Pública que se retiren o sean retirados del servicio activo sin derecho a asignación de retiro o pensión, tendrán derecho al reconocimiento del bono pensional por el total del tiempo servido, de conformidad con las normas del Sistema General de Pensiones.

3.2. El monto de la asignación de retiro será fijado teniendo en cuenta el tiempo de servicio del miembro de la Fuerza, el cual no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) por los primeros quince (15) años de servicio, ni superior al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

3.3. **Las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública**.

3.4. **El aporte para la asignación de retiro a cargo de los miembros de la Fuerza Pública será fijado sobre las partidas computables para dicha asignación**, el cual estará a cargo de los miembros de la Fuerza Pública en un porcentaje que no será inferior al cuatro punto cinco por ciento (4.5%), ni superior al cinco por ciento (5%).
[…]
3.8. Las asignaciones de retiro, las pensiones de invalidez de los miembros de la Fuerza Pública y su sustitución, así como las pensiones de sobrevivientes en ningún caso serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente. La sustitución de la pensión será igual a lo que venía disfrutando el titular, con excepción de los porcentajes adicionales para quienes se pensionen a partir de la vigencia de la presente Ley. **En todo caso, la asignación mensual de retiro de los soldados profesionales no podrá ser inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.**
[…]
3.10. **La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional serán las entidades**

responsables de las labores de administración de aportes, reconocimiento y pago de asignaciones de retiro y de sus sustituciones, así como de la inversión, manejo y control de los recursos correspondientes.
[…]
3.13. El incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo.
[…].

106. Con base en la Ley 923 de 2004, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 de 2004, por medio del cual se fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el cual en sus artículos 13 a 16, reguló el régimen de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de los soldados profesionales, consagrando las partidas computables para dicha prestación, el tiempo de servicios requerido para el efecto, así como los porcentajes en que se concede la misma. Este decreto reguló, además, los aportes que debían efectuarse a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

2.1. Naturaleza jurídica de la asignación de retiro

107. Tal como se observa de las normas especiales para la Fuerza Pública referidas anteriormente, la *asignación de retiro* se concibió como una prestación a la que tienen derecho los miembros de la Fuerza Pública, para compensar el desgaste físico y mental al que se han visto sometidos[72] y para garantizar la dignidad de los miembros de la respectiva institución que, con posterioridad a los años de servicio en cumplimiento de funciones de especial riesgo, se enfrentan a la cesación en sus actividades laborales[73]. De manera que la *asignación de retiro* es uno de los componentes del derecho a la seguridad social propio de este personal.

108. En efecto, en relación con la naturaleza de la asignación de retiro, la Corte Constitucional en sentencia C-432 de 2004 precisó que era «prestacional» y que tal emolumento cumplía un fin constitucionalmente determinado, por cuanto su objetivo principal es el de beneficiar a los miembros de la Fuerza Pública con un régimen diferente, el cual está encaminado a mejorar sus condiciones económicas, dado que la función pública que ejecuta envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares.

109. Cabe resaltar que la jurisprudencia constitucional le ha dado a la asignación de retiro una doble connotación, como pasa a explicarse:

---

[72] Corte Constitucional sentencia C-1143 de 2004
[73] Ver, entre otras, la providencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 9 de noviembre de 2017, radicación: 05001-23-33-000-2013-01349-01(1169-17), actor: Jorge Elías Salazar Pedreros.

110. Por una parte, la ha concebido como una recompensa o reconocimiento por el riesgo a la vida que tuvo que soportar el servidor y su familia durante el servicio. De ahí se deriva una relación de proporcionalidad directa entre el tiempo de servicio y el peligro asumido, así lo expresó la Corte Constitucional:

> «[E]n efecto, durante su carrera se verá en diferentes situaciones de peligro que, de acuerdo con su formación, deberá y podrá afrontar en mayor o menor medida. Es claro que según se encuentre o no en cumplimiento de un acto propio del servicio, o en el frente combatiendo con el enemigo, ya sean éstos grupos alzados en armas o en conflicto internacional, el riesgo de perder la vida es mayor en unos casos que en otros. De igual manera si el tiempo al servicio de la institución castrense es mayor, el riesgo y el peligro a que se ha visto enfrentado ese militar y su familia es mayor, lo que se traduce en una regla consistente en que entre más tiempo de servicio, el riesgo que ha debido soportar es mayor.
>
> Así las cosas, teniendo en cuenta las distintas actividades desde el punto de vista funcional o material que cumplen los miembros de las Fuerzas Militares, y dado que dentro de su deber profesional se encuentra el de arriesgar la vida, para la Corte es razonable y por lo tanto se justifica un trato diferenciado, a efectos de reconocer una pensión o compensación, según la muerte sea en combate, en misión del servicio o en simple actividad.»[74]

111. Por otra parte, ha señalado que esta prestación tiene una finalidad social teniendo en cuenta su naturaleza prestacional, en la medida en que permite garantizar la digna subsistencia de los miembros de la respectiva institución en situación de retiro, carácter que evidencia la identidad que existe respecto de la pensión de vejez del régimen general que del mismo modo busca amparar al servidor frente a dicha contingencia; situación de la cual se desprende su relación inescindible con el derecho a la seguridad social, al ser parte integrante de dicha garantía para los miembros de la Fuerza Pública.

112. Es precisamente por esa razón, por la cual se han equiparado ambos emolumentos (esto es, pensión de vejez y asignación de retiro) señalando que la asignación de retiro se constituye en «una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de un cierto grado de especialidad (en requisitos), atendiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce. Se trata, como bien lo afirman los intervinientes, de establecer con la denominación de “asignación de retiro”, una pensión de vejez o de jubilación para los miembros de la fuerza pública, en la medida que el resto del ordenamiento especial de dichos servidores públicos, se limita a regular las pensiones de invalidez y sobrevivientes»[75].

---

[74] Corte Constitucional sentencia C-101 de 2003
[75] Corte Constitucional Sentencia C-432 de 2004

3. Régimen de asignación de retiro de los soldados profesionales

113. Para abordar el tema de los soldados profesionales es necesario precisar, en primer término, que dentro del personal de soldados profesionales hay dos categorías: i) la de aquellos que se incorporaron a las Fuerzas Militares como soldados profesionales propiamente dichos y ii) la de aquellos que eran soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como soldados profesionales.

114. Los **soldados voluntarios**, en los términos de la Ley 131 de 1985[76], son quienes prestaron servicio militar obligatorio y decidieron vincularse a las Fuerzas Armadas como soldados y, en tal condición, quedaban sujetos al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidieran para el desarrollo de aquella ley.

115. Por su parte, los **soldados profesionales**, en los términos del artículo 1 del Decreto 1793 de 2000, son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.

116. En relación con los soldados voluntarios, el artículo 4 de la Ley 131 de 1985 les asignó una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en 60%, la cual no podría sobrepasar los haberes correspondientes a un cabo segundo, marinero o suboficial técnico cuarto. Por su parte, el artículo 5 *ibidem,* dispuso que el soldado voluntario que estuviese en servicio un año, tenía derecho a percibir una bonificación de navidad, «equivalente a la recibida en el mes de noviembre del respectivo año», previendo que cuando este no hubiere servido un año completo, tenía derecho al reconocimiento de la bonificación de navidad a razón de una doceava parte (1/12), por cada mes completo de servicio. A su turno, el artículo 6, indicó que el soldado voluntario que fuera dado de baja tendría derecho a un pago único de una suma equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar.

117. Por su parte, el Decreto 370 de 1991, que reglamentó la Ley 131 de 1985, previó que el soldado voluntario no podría superar la edad de los 35 años en el servicio, y si los alcanzaba, el Comando de la respectiva Fuerza podría darlo de baja, pero solamente tendría derecho al pago de una

pensión mensual equivalente al sueldo básico devengado por un cabo segundo o marinero, si su desacuartelamiento se producía por incapacidad absoluta y permanente para toda clase de actividades. De acuerdo con el artículo 4 del Decreto 2728 de 1968[77], esta calificación debía efectuarse según lo previsto por el régimen de aptitudes, invalideces e indemnizaciones para el personal al servicio de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional[78], prestación que podrían continuar devengando sus beneficiarios al tenor de lo normado por el artículo 5[79] del Decreto 1305 de 1975[80].

118. Así las cosas, es evidente que hasta este momento los soldados voluntarios no tenían consagrada expresamente en la ley una prestación periódica por retiro, independientemente de la denominación que pudiera recibir aquella, ya fuera asignación de retiro, pensión de jubilación o vejez, etc. Solamente tenían derecho a una bonificación cuyo valor sería determinado por el tiempo que hubiera prestado sus servicios, el cual, tenía previsto como límite máximo la edad de 35 años, y tendría la posibilidad de devengar una mesada, únicamente, por incapacidad absoluta y permanente para toda clase de actividades.

119. Luego, la Ley 66 de 1989[81] confirió facultades al presidente de la República para reformar los estatutos del personal de oficiales, suboficiales y agentes de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, incluyendo el régimen general de prestaciones sociales, entre otros aspectos. Con fundamento en esto se expidió el Decreto 1211 de 1990[82], régimen que no contuvo disposiciones relativas a los soldados voluntarios.

120. Más adelante, el Congreso de la República expidió la Ley 578 de 2000[83] que le concedió facultades al presidente de la República, nuevamente, para que expidiera normas relacionadas con las Fuerzas Militares y de Policía, entre ellas, las relativas al régimen de carrera y el estatuto del personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares[84].

---

[76] «Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario»
[77] Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares.
[78] Artículo 2 del Decreto 2728 de 1968.
[79] «Artículo 5. A la muerte de un soldado o grumete en goce de pensión, su esposa e hijos inválidos absolutos en forma vitalicia, y sus hijos menores legítimos o naturales, hasta cuando cumplan la mayor edad o se emancipen, tendrán derecho a devengar la totalidad de la prestación que venía percibiendo el causante. A falta de esposa e hijos menores, la prestación corresponderá a los padres legítimos o naturales del causante ~~únicamente por el término de cinco (5) años~~. (expresión tachada declarada inexequible por la Corte Constitucional en sentencia C-002 de 1999).
Parágrafo. A las viudas y a los hijos inválidos absolutos de los soldados o grumetes que se encuentren en la actualidad en la actualidad devengando o tengan derecho causado a disfrutar los cinco (5) años de sustitución pensional, les queda prorrogado en forma vitalicia a partir de la vigencia del presente decreto en derecho consagrado en este artículo y para los hijos menores hasta cuando se emancipen o cumplan la mayor edad».
[80] «Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre prestaciones sociales del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, Agentes, Soldados, Grumetes y Personal Civil del Ministerio de Defensa y Servidores de las entidades adscritas o vinculadas a éste».
[81] «Por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias pro témpore para reformar los estatutos y el régimen prestacional del personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y Civiles del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; y establece el régimen de la vigilancia privada».
[82] «Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares»
[83] «Por medio de la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las fuerzas militares y de policía nacional».
[84] Artículo 1.

Fue así como se expidió el Decreto 1793 de 2000[85], el cual, en el parágrafo del artículo 5, previó que los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresaran su intención de incorporarse como soldados profesionales y fueran aprobados por los comandantes de Fuerza, serían incorporados el 1.º de enero de 2001, con la antigüedad respectiva.

121. Es de anotar que esta normativa hizo extensivo para los soldados profesionales los regímenes contenidos en el Código Penal Militar, el Reglamento del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Militares, las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de las Fuerzas Militares y las que regulan el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Sin embargo, en materia pensional, este decreto no contempló como tal una asignación de retiro, como sí se consagró para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en el Decreto 1211 de 1990, sino que se previó una pensión de vejez, respecto de la cual, se indicó que se regiría por el sistema de capitalización de la Ley 100 de 1993. En efecto, el artículo 39 dispuso lo siguiente:

> «ARTÍCULO 39. **La pensión de vejez, invalidez y sobrevivencia de los soldados profesionales de que trata el presente decreto se regirá por el sistema de capitalización previsto en la Ley 100 de 1993**.
>
> El aporte mensual para conformar la pensión será del dieciséis por ciento (16%) del salario base de cotización, porcentaje del cual le corresponderá aportar al afiliado el cuatro por ciento (4%) y a la Nación el doce por ciento (12%) restante. Adicionalmente, durante el primer trimestre de cada año a partir del año 2002 la Nación aportará el equivalente a un salario mensual base de cotización por cada afiliado que se encuentre en servicio activo al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior.
> Los soldados a que se refiere este decreto, que asciendan a rango de suboficiales, continuarán sujetándose al régimen de pensiones previsto en el presente artículo.
>
> PARAGRAFO 1. Para efectos de lo previsto en el presente artículo, **se entenderá que el salario base de cotización, está integrado por la asignación básica mensual adicionada con la prima de antigüedad.**
>
> PARAGRAFO 2. Cuando haya lugar al reconocimiento de la pensión por invalidez o muerte, cualquiera que sea el origen, la administradora de fondos de pensiones iniciará los pagos mensuales de la respectiva pensión, utilizando para el efecto, en primera instancia, la cuenta de ahorro individual. En caso de que los recursos de dicha cuenta resulten insuficientes, la Nación pagará mensualmente el faltante con cargo al Presupuesto General de la Nación. Por consiguiente, no habrá lugar a

[85] «Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de soldados Profesionales de las Fuerzas Militares».

la cotización por accidentes de trabajo y enfermedad profesional para pensiones ni a la contratación de un seguro de invalidez o muerte[86].»

122. Conforme lo anterior, el mismo Decreto 1793 de 2000, en el artículo 40[87], indicó que las entidades encargadas de administrar los aportes de los soldados profesionales serían seleccionadas por el Ministerio de Defensa Nacional mediante concurso y, en el artículo 41 consagró un régimen de transición para aquellos que se hubieran vinculado con anterioridad al 1 de enero de 2001, a quienes el Ministerio de Defensa Nacional efectuaría el cálculo de un bono pensional, dentro del año siguiente a la expedición de ese decreto, por el número de años de servicio equivalente al aporte del 12% que le corresponde aportar al empleador, utilizando la metodología prevista en la Ley 100 de 1993.

123. Por su parte, el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000 dispuso que el Gobierno Nacional expediría, con base en lo previsto en la Ley 4 de 1992, los regímenes salariales y prestacionales de los soldados profesionales, sin desmejorar los derechos adquiridos. En desarrollo de lo previsto en tal precepto legal, se expidió el Decreto 1794 de 2000, el cual, en lo referente a la asignación mensual de este personal, definió que sería calculada en el equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%, no obstante, quienes para el 31 de diciembre de 2000 se encontraran vinculados como soldados voluntarios, continuarían devengando un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%[88]. Adicionalmente, señaló que los soldados profesionales tendrían derecho a las siguientes prestaciones:

- Prima de antigüedad (art. 2)
- Prima de servicio anual (art. 3)
- Prima de vacaciones (art. 4)
- Prima de navidad (art. 5)
- Pasajes por traslado (art. 6)
- Pasajes por comisión (art. 7)
- Vacaciones (art. 8)
- Cesantías (art. 9)
- Vivienda militar (art. 10)
- Subsidio familiar (art. 11)
- Tres meses de alta (art. 12)
- Gastos de inhumación (art. 14)

124. En síntesis, en el siguiente cuadro se ilustran las diferencias que el nuevo régimen salarial trajo para los soldados profesionales:

Concepto	**Soldados voluntarios Ley 131 de 1985 y Decreto 370 de 1991**	**Soldados profesionales Decreto 1794 de 2000**

[86] El cual fue derogado por el Decreto 4433 de 2004.
[87] También derogado por el Decreto 4433 de 2004.
[88] Artículo 1.

REMUNERACIÓN MENSUAL	Bonificación igual a 1 SMLMV incrementado en un 60%.	1 SMLMV incrementado en un 40% para quienes se vincularan al servicio a partir de la vigencia del Decreto. 1 SMLMV incrementado en un 60% para quienes al 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados de acuerdo a la Ley 131 de 1985.
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	6.5% por cada año y hasta un máximo de 58%[89]	6.5% por cada año y hasta un máximo de 58%.
PRIMA DE NAVIDAD	1 SMLMV incrementado en un 60% y si no hubiere completado un año de servicio una 1/12 por cada mes completo de servicio.	½ SMLMV
PRIMA DE SERVICIOS	N/A	½ SMLMV
PRIMA DE VACACIONES	N/A	½ SMLMV
VIVIENDA FAMILIAR	N/A	Acceso a beneficios
SUBSIDIO FAMILIAR	N/A	4% del salario básico mensual por cada año de servicio hasta un máximo de 58%.
CESANTÍAS	Una bonificación por año de servicios y proporcional por las fracciones de meses.	Salario básico más prima de antigüedad por año de servicios.

125. Posteriormente, y como se explicó en precedencia, la Ley 797 de 2003 confirió facultades al Ejecutivo para reformar el régimen pensional de las Fuerzas Militares[90]. Con fundamento en ello se expidió el Decreto 2070 de 2003[91], que incluyó dentro de su campo de aplicación a los soldados, para quienes se reguló la asignación de retiro en los siguientes términos:

> Artículo 16. *Asignación de retiro para soldados profesionales*. Los soldados profesionales, así como los soldados voluntarios que se incorporen como soldados profesionales, que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a

[89] Esta prima de antigüedad se consagró para los soldados voluntarios en las siguientes normas: Decreto 335 de 1992 (art. 17); Decreto 25 de 1993 (art. 31); Decreto 65 de 1994 (art. 30); Decreto 133 de 1995 (art. 31); Decreto 107 de 1996 (art. 29); Decreto 122 de 1997 (art. 30); Decreto 58 de 1998 (art. 31); Decreto 62 de 1999 (art. 32); Decreto 1463 de 2001 (art. 31); Decreto 2737 de 2001 (art. 31); Decreto 745 de 2002 (art. 31) y Decreto 3552 de 2003 (art. 30).

[90] Artículo 17. Facultades extraordinarias. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese por seis (6) meses al Presidente de la República de facultades extraordinarias para:
[…]
3. Expedir normas con fuerza de ley para reformar los regímenes pensionales propios de las Fuerzas Militares y de Policía y DAS de conformidad con los artículos 217 y 218 de la Constitución Política.

[91] Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares

partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

126. Adicionalmente, precisó que las partidas computables para la asignación de retiro del personal en cuestión serían el salario mensual en los términos del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 y la prima de antigüedad en los porcentajes que el Decreto 2070 de 2003 señaló en el artículo 18, con lo cual se entendía derogado en lo pertinente el Decreto 1793 de 2000[92]. Sin embargo, la declaratoria de inexequibilidad de este decreto implicó la reviviscencia de los preceptos que antes de su expedición venían rigiendo.

127. Luego, en atención a los parámetros generales dictados por la Ley 923 de 2004[93], el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 de 2004 en el que reguló el derecho a una asignación de retiro de los soldados profesionales, en los siguientes términos:

Artículo 16. *Asignación de retiro para soldados profesionales.* Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

128. Las partidas computables a las que se refiere la norma citada son las descritas en el artículo 13 *ibidem,* de la siguiente forma:

Artículo 13. ***Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares****.* La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:
[…]
13.2 **Soldados Profesionales**:
13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.
13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones,

[92] Este decreto fue declarado inexequible por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-432 de 2004.
[93] Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.

auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

129. Se observa entonces que fue solo hasta la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 que pudo hablarse de un derecho a la asignación de retiro de los soldados profesionales, propiamente dicho, dentro del régimen especial de las Fuerzas Militares, pues, las normas que anteriormente regularon las prestaciones sociales en favor de este personal, remitieron a las disposiciones generales en esta materia.

130. Ahora bien, establecido entonces que el régimen actual de la asignación de retiro de los soldados profesionales y de los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales es el contenido en el Decreto 4433 de 2004, es necesario definir, en primer término, lo relativo a las partidas computables que deben tenerse en cuenta para su liquidación y a la forma en que estas deben computarse.

4. Las partidas computables que deben tenerse en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados.

131. Para efectos de analizar este tema, es necesario recordar lo señalado en el artículo 3 de la Ley 923 de 2004, el cual, como se indicó en precedencia, prevé los elementos mínimos que deben contener las asignaciones de retiro y las pensiones de los miembros de la Fuerza Pública, que son básicos del régimen.

132. Dentro de los elementos definidos en la referida ley se encuentran los señalados en los numerales 3.3. y 3.4, que son del siguiente tenor:

3.3. Las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.
3.4. El aporte para la asignación de retiro a cargo de los miembros de la Fuerza Pública será fijado sobre las partidas computables para dicha asignación, el cual estará a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

133. En este punto, es importante recordar, igualmente, que de conformidad con los antecedentes de la referida ley, una de sus finalidades era consagrar «una concordancia entre las partidas sobre las cuales se aporta y las partidas sobre las cuales se liquida la asignación de retiro, atendiendo el principio general de seguridad social según el cual las prestaciones de carácter periódico en las cuales existe la obligación de aporte, por parte del servidor deben ser liquidadas con fundamento en

aquellas partidas sobre las cuales se hace el aporte»[94]. Así mismo, que la norma pretendía ratificar que los requisitos más importantes para acceder al derecho a la asignación de retiro son el tiempo de servicios prestado en calidad de miembro de la Fuerza Pública y el tiempo de aportes «que comprende aquel sobre el cual el miembro de la Fuerza Pública en su calidad de servidor público adscrito al sector defensa ha hecho aportes con destino a la seguridad social»[95].

134. Lo anterior, se refleja en las disposiciones que describen las partidas sobre las cuales se realizan aportes y aquellas que serán tenidas en cuenta para efectos de liquidar la asignación de retiro, así como el porcentaje en el que se deben realizar aportes y aquel que se ha de incluir para el cálculo de la mesada, contenidas en el Decreto 4433 de 2004, tal y como se muestra a continuación:

Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares.	**Artículo 18. Aportes de soldados profesionales de las Fuerzas Militares.**	**Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales**
La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así: […] 13.2 Soldados Profesionales: 13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000. 13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto. **Parágrafo.** En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones,	Los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, **aportarán** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares: 18.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer salario mensual, como aporte de afiliación. 18.2 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento. 18.3 **Sobre el salario mensual y la prima de antigüedad**, un aporte mensual del cuatro punto cinco por ciento (4.5%) hasta el 31 de diciembre de 2004, porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1.° de enero de 2005 y, adicionalmente, otro cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1.° de enero de 2006, para quedar	Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague **una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.** En todo caso, la asignación mensual

[94] Gaceta del Congreso núm. 578 del 28 de septiembre de 2004. Informe de ponencia para primer debate al proyecto de Ley 024 de 2004, Cámara. Página 3.
[95] Ibidem.

serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.	a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%). El aporte sobre la prima de antigüedad fijado en el presente numeral se liquidará sobre los porcentajes que se señalan a continuación de acuerdo con el tiempo de servicio así: 18.3.1 Ciento por ciento (100%) durante los primeros cinco (5) años. 18.3.2 Ochenta y seis punto tres por ciento (86.3%) durante el sexto (6) año. 18.3.3 Sesenta y nueve punto uno por ciento (69.1%), durante el séptimo (7) año. 18.3.4 Cincuenta y siete punto seis por ciento (57.6%), durante el octavo (8) año. 18.3.5 Cuarenta y nueve punto tres por ciento (49.3%) durante el noveno (9) año. 18.3.6 Cuarenta y tres punto dos por ciento (43.2%) durante el décimo (10) año. 18.3.7 El treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante.	de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

135. Nótese cómo claramente, las partidas que sirven de base para los aportes son las mismas que habrán de incluirse para el cálculo de la asignación de retiro, pues así lo admite el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que en el parágrafo ordena: «En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales».

136. Aunado a lo anterior, se considera que tal previsión se acompasa con los principios constitucionales que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 Superior, inspiran la seguridad social, esto es, los de eficiencia, universalidad y solidaridad. Así mismo, con el principio de sostenibilidad financiera incorporado a la Constitución Política, a través del Acto Legislativo núm. 1 de 2005, se reafirmó tal relación de correspondencia entre el ingreso base de liquidación y los factores sobre los cuales efectivamente se realizaron aportes, al decretar: «Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere

efectuado las cotizaciones», precaución que obedece al principio de sostenimiento presupuestal, que no se estaría afectando al preservar la proporcionalidad de los aportes con el valor de la prestación, sino que permite precisamente alcanzar su objetivo.

137. En relación con la solidaridad, sea lo primero advertir que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1 de la Constitución Política, es un principio fundante del Estado Social de Derecho, por lo que tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en relación con las primeras normas del ordenamiento superior, «ellas condensan la filosofía política que inspira el diseño institucional previsto por la Carta, representando así los principios esenciales que irradian todo el espectro constitucional y condicionan la acción de las autoridades en general, y del Legislador en particular»[96], por lo cual se constituyen en «principios o fórmulas constitucionales básicos que se erigen como criterios hermenéuticos esenciales para determinar el contenido propio de otras cláusulas superiores más particulares, como aquellas que regulan la organización institucional, las relaciones de las personas con las autoridades o el ejercicio de las acciones mismas»[97].

138. Ciertamente, el principio de solidaridad cobra vital importancia en materia de seguridad social, al consagrarlo como uno de los que deben inspirar este servicio público, el cual tiene el carácter de obligatorio y de irrenunciable. Al respecto, la Corte Constitucional ha expuesto[98]:

> […] el Estado Social de Derecho, a diferencia del Estado Liberal Clásico, parte del supuesto según el cual la realización del interés colectivo presupone la existencia de mecanismos de redistribución de los ingresos, a fin de que los menos favorecidos tengan acceso a la satisfacción de las necesidades básicas, asociadas con la efectividad de los derechos fundamentales. Uno de estos mecanismos es la organización de los sistemas de seguridad social, que pretenden conseguir la satisfacción universal de las necesidades básicas de la población en materia de salud y de previsión de los riesgos de merma de la capacidad laboral por invalidez, vejez o muerte. El funcionamiento de tales sistemas sólo se hace posible gracias al esfuerzo mancomunado del Estado y los particulares, y mediante la implementación de medidas que hagan viable la redistribución de los ingresos disponibles para estos propósitos. Por esta razón, el artículo 48 superior define la Seguridad Social como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. (negrillas del texto original)

139. Así mismo, la Corte Constitucional ha precisado que una de las implicaciones del principio de solidaridad en materia de seguridad social, es que «todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban

---

[96] Sentencia C-251 de 2002.
[97] Ibidem.
[98] Sentencia C-1054 de 2004.

en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto. […]»[99].

140. Ahora bien, en relación con este tema, se ha sostenido por parte de los demandantes que se presenta una vulneración al derecho a la igualdad entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, como quiera que las partidas que se les computan para la asignación de retiro son diferentes en uno y otro caso, pues las mismas difieren tal y como pasa a evidenciarse:

Partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales (artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004)	**Partidas computables para la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares (artículo 13.1 del Decreto 4433 de 2004)**
13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000. 13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.	13.1.1 Sueldo básico. 13.1.2 Prima de actividad. 13.1.3 Prima de antigüedad. 13.1.4 Prima de estado mayor. 13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6o del presente Decreto. 13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia. 13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro. 13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

141. Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime[100] que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales.

142. En ese sentido, la Corte ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse «como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática»[101], por lo que ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que aunque otorgan un trato

[99] Sentencia C-126 de 2000.
[100] T-530 de 2002, T-119 de 2001, T-540 de 2000, T-117 de 2003, C-1110 de 2001.
[101] T-587 de 2006.

desigual, se basan en circunstancias objetivas y razonables por lo cual se ajustan a la Constitución, resaltando que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes presupuestos: «(i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad»[102], por lo cual ha concluido que «la diferencia de trato resulta insuficiente, *per se*, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad»*.*

143. Ahora, al analizar la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994[103] y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005[104], la Corte Constitucional concluyó, en la sentencia C-057 de 2010, que la diferencia entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados se encontraba justificada en lo siguiente:

La Corte encuentra, en primer lugar, que los sujetos a que se refieren las disposiciones demandadas constituyen grupos jurídicamente diferenciados. **Si bien de las tres categorías se predica el factor común de que están integradas por miembros de la fuerza pública, también es cierto que la diferenciación entre ellas no tiene un origen arbitrario o subjetivo, sino que obedece a criterios normativos**. Esas normas asignan a cada una de las tres categorías, responsabilidades, tareas y deberes diferentes[105]. La naturaleza de sus funciones es claramente distinta.

3.6.1.2. Entre los muchos criterios posibles que el legislador habría podido considerar para definir los topes máximos a los que se refieren las normas acusadas, **el acudir a los agrupamientos preexistentes en la jerarquía militar o policial es un criterio objetivo**, que disminuye los riesgos de arbitrariedad o subjetividad en el otorgamiento del subsidio. Se trata de un criterio jurídico, fácilmente identificable, que responde a la lógica interna de organización de la fuerza pública. **Al existir estas distintas categorías jurídicas dentro del universo de personas que conforman la Fuerza Pública, es en principio válido que el legislador las utilice como criterio de distinción para ciertos efectos.**

3.6.1.3. Revisadas las normas que regulan la materia, se encuentra que en efecto, las tres categorías se encuentran en una situación de hecho distinta. **Los oficiales son aquellos formados, entrenados y capacitados para ejercer la *"conducción y mando"* de los elementos de combate y de las operaciones de su respectiva fuerza, mientras que a los suboficiales les corresponde las funciones de apoyo a los oficiales**[106]. **Los oficiales, en el marco de su respectivo rango, tienen bajo su responsabilidad el mando y**

[102] Ibidem.
[103] Por el cual se modifica la caja de vivienda militar y se dictan otras disposiciones.
[104] Por la cual se modifica el Decreto-ley 353 del 11 de febrero de 1994 y se dictan otras disposiciones.
[105] Decreto 1790 de 2000, Ley 1104 de 2006, Ley 180 de 1995
[106] Decreto 1790 de 2000, modificado parcialmente por la Ley 1104 de 2006, artículos 11 y siguiente.

conducción de la tropa, de los equipos de combate, de las operaciones, de las unidades, y por lo tanto, el peso de las decisiones más importantes, de las cuales, en muchos casos, dependen la vida y la integridad de sus subordinados y de los demás ciudadanos. Es el hecho de que sobre ellos recaiga esa mayor y trascendental responsabilidad, la que explica la diferencia en la jerarquía organizacional. Esta diferencia en la naturaleza de las funciones y responsabilidades explica también las diferencias en los regímenes de incorporación, ascensos, retiros, remuneración y pensiones. Los soldados profesionales y los agentes, por su parte, ejecutan e implementan las decisiones de los comandantes[107].

3.6.1.4. Desde el punto de vista de las normas que los crean y regulan, **las tres categorías a que se refieren las normas demandadas constituyen grupos diferenciados jurídicamente, que, dentro de la fuerza pública, responden a una naturaleza funcional distinta, y por lo tanto, tienen responsabilidades y tareas diferentes. Desde este punto de vista estrictamente formal, se trata de categorías que se encuentran en situaciones de hecho distintas»**. (negrita fuera de texto)

144. En este caso se observa entonces que los grupos de oficiales y suboficiales y de soldados profesionales en relación con las partidas computables para la asignación de retiro se encuentran en situaciones de hecho distintas en atención a las categorías de jerarquía militar, la naturaleza de sus funciones y al hecho de que cada personal realiza cotizaciones o aportes sobre diferentes partidas. En efecto, las partidas respecto de las cuales cotizan los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares son diferentes a las partidas sobre las que efectúan aportes los soldados profesionales.

145. El siguiente cuadro evidencia las diferencias entre los aportes o cotizaciones que realizan a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales de la institución:

Artículo 17. Aportes de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.	**Artículo 18. Aportes de soldados profesionales de las Fuerzas Militares**.
Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares: 17.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer sueldo básico, como aporte de afiliación. 17.2 **Sobre las partidas contempladas en el artículo 13 del presente decreto, en lo correspondiente a cada caso**, un aporte mensual del cuatro punto setenta y cinco por ciento (4.75%), porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco	Los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, **aportarán** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares: 18.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer salario mensual, como aporte de afiliación. 18.2 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento. 18.3 **Sobre el salario mensual y la**

[107] Para el caso de la Policía, las normas pertinentes están contenidas en el Decreto 1791 de 2000.

por ciento (0.25%) a partir del 1o de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%). 17.3 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.	**prima de antigüedad**, un aporte mensual del cuatro punto cinco por ciento (4.5%) hasta el 31 de diciembre de 2004, porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1.° de enero de 2005 y, adicionalmente, otro cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1.° de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%). El aporte sobre la prima de antigüedad fijado en el presente numeral se liquidará sobre los porcentajes que se señalan a continuación de acuerdo con el tiempo de servicio así: 18.3.1 Ciento por ciento (100%) durante los primeros cinco (5) años. 18.3.2 Ochenta y seis punto tres por ciento (86.3%) durante el sexto (6) año. 18.3.3 Sesenta y nueve punto uno por ciento (69.1%), durante el séptimo (7) año. 18.3.4 Cincuenta y siete punto seis por ciento (57.6%), durante el octavo (8) año. 18.3.5 Cuarenta y nueve punto tres por ciento (49.3%) durante el noveno (9) año. 18.3.6 Cuarenta y tres punto dos por ciento (43.2%) durante el décimo (10) año. 18.3.7 El treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante.

146. A continuación, se muestra cómo las partidas computables para el caso de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, son aquellas respecto de las cuales se hicieron los correspondientes aportes:

Artículo 13. Partidas computables para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares	**Artículo 17. Aportes de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.**
La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así: 13.1. Oficiales y suboficiales 13.1.1 Sueldo básico. 13.1.2 Prima de actividad.	Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares: 17.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer sueldo básico, como aporte de afiliación.

13.1.3 Prima de antigüedad. 13.1.4 Prima de estado mayor. 13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6o del presente Decreto. 13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia. 13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro. 13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro. […] **Parágrafo.** En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.	17.2 Sobre las partidas contempladas en el artículo 13 del presente decreto, en lo correspondiente a cada caso, un aporte mensual del cuatro punto setenta y cinco por ciento (4.75%), porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1o de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%). 17.3 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.

147. Igualmente, se observa que tanto en el caso de los soldados profesionales como en el de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares las partidas que se computan para tener derecho a la asignación de retiro son aquellas respecto de las cuales se hicieron las cotizaciones, por lo cual tampoco se evidencia que haya un trato discriminatorio o diferenciado que se aparte de los postulados constitucionales o de los elementos básicos del régimen consagrado en la Ley 923 de 2004. De manera que no hay razón para sostener que se vulnera su derecho a la igualdad, por el hecho de que estas partidas son diferentes a las que se tienen en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

148. **En conclusión**, 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.

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

i) 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.
ii) 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.

150. Establecido lo anterior, pasará la Sala a analizar si el subsidio familiar cumple con los requisitos para ser incluido como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales.

5. Subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales

151. Antes de definir lo relativo a este punto, la Sala estima necesario hacer unas consideraciones en relación con: i) la competencia para establecer el régimen pensional de la Fuerza Pública; ii) ejercicio de la potestad reglamentaria; iii) principios laborales como mandatos de optimización y como límites de la competencia para regular el régimen de los miembros de la Fuerza Pública; iv) subsidio familiar como partida computable.

5.1. Competencia para establecer el régimen pensional de los miembros de la Fuerza Pública

152. La competencia para fijar el régimen prestacional de los empleados públicos en general y de los miembros de la Fuerza Pública está atribuida de manera concurrente al Congreso y al presidente de la República, el primero de ellos establece el marco general al cual se debe sujetar el segundo para regular la materia. Así se desprende del contenido del artículo 150 de la Constitución Política que señala:

> «Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:
> 19. Dictar las normas generales y señalar los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:
> [...]
> e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública.
> f) Regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales. [...]»

153. Fue así como se expidió la Ley 4 de 1992 la cual prescribió:

> «Artículo 1.º El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y **prestacional** de:
> […]
> d. Los miembros de la Fuerza Pública.
> Artículo 2.º Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:
> a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales;
> b) El respeto a la carrera administrativa y la ampliación de su cobertura;
> […]
> Artículo 10.º Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.» (subraya la Sala)

154. En línea con lo anterior, es oportuno señalar que la especial función que deben desarrollar los miembros de la Fuerza Pública fue la razón por la cual la Constitución Política admitió un tratamiento legal distinto al contenido en el régimen general de seguridad social, así se desprende de los artículos 217 y 218 de la Carta, que señalaron que la ley determinaría, entre otros aspectos, el sistema prestacional de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Esto atiende el hecho de que, en la búsqueda de su cometido de defender la soberanía, independencia, integridad del territorio y el orden constitucional, así como el de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar la convivencia pacífica, deban desarrollar actividades riesgosas y se vean expuestos a situaciones de peligro, más allá del previsto para la generalidad de las personas.

155. Al interior del Estado Social de Derecho la concepción de un régimen especial para las Fuerzas Militares y de Policía persigue la efectividad de los principios de igualdad material y equidad, así como del derecho a la seguridad social, y de esta manera, se antepone el respeto de la dignidad humana (art. 1 C.P.) y se garantiza la vigencia de un orden justo (art. 2 C.P.). Tal entendimiento se armoniza con las consideraciones que la Corte Constitucional ha expuesto en varias oportunidades, en las cuales, ha sostenido que la existencia de normas particulares en esta materia para la Fuerza Pública no vulnera el derecho a la igualdad, sino que ofrece mejores garantías «en aras de equilibrar el desgaste físico y emocional sufrido durante un largo período de tiempo, por la prestación ininterrumpida de una función pública que envuelve un peligro inminente»[108].

156. Ahora bien, en relación con la competencia para señalar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, y concretamente de los miembros de la Fuerza Pública, es útil retomar las consideraciones que la Corte Constitucional expuso en la sentencia C-432 de 2004, en la cual se efectuó el control de constitucionalidad del Decreto 2073 de 2003, que reformaba el régimen pensional

[108] Corte Constitucional Sentencia C-941 de 2003, reiterado en la T-512 de 2009

de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional. Allí hizo alusión a aspectos trascendentes sobre la temática abordada, a saber:

- Para establecer el régimen especial de prestaciones de los miembros de la Fuerza Pública se debe atender el hecho de que se busca un nivel de amparo superior, o por lo menos igual, al contenido en el régimen general de seguridad social, de manera que se vea compensado el desgaste al cual se sometió el servidor durante el servicio.

- Los decretos expedidos por el Gobierno en desarrollo de las leyes marco tienen naturaleza administrativa o de ejecución, de ahí que es la justicia de lo contencioso administrativo la competente para ejercer su control de constitucionalidad.

- Existe una relación inversamente proporcional entre la potestad reglamentaria del ejecutivo y la extensión de la ley habilitante, entonces, «ante menos cantidad de materia regulada en la ley, existe un mayor campo de acción para el ejercicio de la potestad reglamentaria, y viceversa».

- Tratándose del régimen prestacional de la Fuerza Pública y de acuerdo a la distribución de competencias que en lo relativo a la materia contempla la Constitución Política, es necesario que, en primer lugar, el Congreso fije en la ley los elementos básicos del régimen y, en segundo, que el presidente de la República, con sujeción a dicho marco, establezca la reglamentación de la materia. Para ello, la densidad de la regulación de la ley marco debe ser mayor a la que generalmente se exige en otras materias susceptibles de ser regladas mediante ese tipo de ley, y en atención a esa amplitud, es que resulta indiscutible que el campo para la reglamentación del presidente se reduce proporcionalmente.

157. En ese orden, aquella corporación concluyó que la ley cuadro debe precisar el *contenido especial* o *básico* del régimen pensional y de asignación de retiro de la fuerza pública, para lo cual, debe señalar elementos tales como, los requisitos de edad, tiempo de servicios, montos, ingreso base de liquidación, regímenes de transición, indemnizaciones sustitutivas y demás condiciones y exigencias que aseguren el reconocimiento de esa asignación y de otras prestaciones relacionadas.

158. Por otro lado, al Gobierno, mediante decreto ejecutivo o administrativo, le corresponde reglamentar «los elementos accidentales y variables de dicho régimen, tales como, el trámite para acreditar una discapacidad, el señalamiento de los presupuestos para demostrar la dependencia económica en tratándose de una sustitución pensional, los requisitos de forma para certificar las semanas cotizadas, el tiempo máximo que tiene la Administración para reconocer y pagar una pensión o asignación»[109], entre otros.

5.2. Ejercicio de la potestad reglamentaria.

159. Uno de los rasgos característicos del sistema jurídico colombiano es la organización jerárquica que se le ha otorgado a los diferentes tipos de normas que lo integran, organización que supone la existencia de una estructura escalonada, si se quiere piramidal, en la que cada categoría normativa tiene características propias que influyen directamente en el rango que se les otorga y, por consiguiente, en la relación de subordinación predicable entre unas y otras. Todo ello responde a una teleología particular que no es otra que permitir la construcción sistemática, coherente y racional del ordenamiento jurídico.

160. El hecho de que esta estructura jerárquica no aparezca definida explícitamente en la Constitución Política no es óbice para afirmar su existencia ya que a lo largo de este cuerpo normativo pueden encontrarse sendas disposiciones que dan cuenta de la primacía o sujeción que se le confiere a cada tipología. Así, por ejemplo, el artículo 4.º superior, prevé que «[…] La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales […]».

161. De esta forma, se ha entendido que la Constitución y las normas convencionales que se integren al ordenamiento jurídico, ocupan el nivel más alto dentro de este, seguidas en orden por las leyes que debe expedir el Congreso con sujeción a aquellas y por los actos administrativos, los que de acuerdo a la categoría en la que puedan clasificarse deberán obedecimiento a la Constitución y a la ley, o en algunos casos, solo a la primera.

162. Dicha estratificación normativa se convierte en un criterio de validez que ha sido explicado en los siguientes términos por la Corte Constitucional:

> […] La unidad del sistema jurídico, y su coherencia y armonía, dependen de la característica de ordenamiento de tipo jerárquico de que se reviste. La jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular. En esto consiste la connotación de sistema de que se reviste el ordenamiento, que garantiza su coherencia interna. La finalidad de esta armonía explícitamente buscada, no es otra que la de establecer un orden que permita regular conforme a un mismo sistema axiológico, las distintas situaciones de hecho llamadas a ser normadas por el ordenamiento jurídico […][110]

---

[109] Corte Constitucional sentencia C-432 de 2004.
[110] Sentencia C-037 del 26 de enero de 2000, Corte Constitucional, expediente D-2441.

163. Establecido lo anterior, resulta claro que las facultades de producción normativa de la administración tienen un límite incuestionable en el contenido de las normas respecto de las cuales pueda predicarse una superioridad jerárquica, asunto que se definirá atendiendo a la tipología del reglamento.

164. Así, tratándose de los reglamentos (i) expedidos por el presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria que le atribuye el artículo 189-11 superior; de los (ii) reglamentos que desarrollan leyes habilitantes y de los (iii) reglamentos expedidos por otras autoridades administrativas en asuntos especializados de su competencia, se ha dicho que su propósito es complementar la ley en la medida en que sea necesario para lograr su cumplida aplicación, cuando se requiera por ejemplo, precisar definiciones o aclarar etapas del procedimiento previsto en aquella. En ese orden de ideas, si lo que se busca es permitir la ejecución de la ley, esta facultad no apareja la interpretación, modificación, limitación o ampliación de los contenidos legislativos, como tampoco el modo de encuadrar las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que contiene[111].

165. En este punto resulta relevante, de conformidad con el objeto del presente proceso, explicar que los reglamentos que desarrollan leyes habilitantes son aquellos que se profieren en ejercicio de una competencia asignada directamente por la Constitución con sometimiento, por disposición de la misma carta suprema, a una norma legal que faculte el desarrollo de dicha atribución. Se trata entonces de normas superiores que establecen potestades normativas en cabeza de la administración utilizando las expresiones «de conformidad», «de acuerdo» o «según la ley».

166. Ahora bien, en relación con los límites a la potestad reglamentaria de la administración frente a los tres tipos de normas reglamentarias que se señalaron, el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

> […] en nuestro orden, la potestad reglamentaria es la facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados y la completa en aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten su aplicación, pero que en ningún caso puede modificar, ampliar o restringir en cuanto a su contenido o alcance. El reglamento, como expresión de esta facultad originaria del Ejecutivo es, pues, un acto administrativo de carácter general que constituye una norma de inferior categoría y complementaria de la ley; su sumisión jerárquica a ésta en la escala normativa (principio de jerarquía normativa piramidal) es indiscutible y absoluta, toda vez que se produce en los ámbitos y espacios que la ley le deja y respecto de aquello que resulte necesario para su cumplida ejecución, sin que pueda suprimir los efectos de los preceptos constitucionales o legales ni contradecirlos, motivo por el cual si supera o rebasa el ámbito de aplicación de la ley e incursiona en la

[111] Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de octubre de 2010, Radicación 11001-03-25-000-2005-00125-00(5242-05), Actor: Asociación Antioqueña de Empresas Sociales del Estado.

órbita de competencia del Legislador compromete su validez y, por tanto, deberá ser declarado nulo, de conformidad con lo ordenado por el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política. El poder reglamentario se encuentra limitado en función a la necesidad de la cumplida ejecución de la ley y, como lo ha manifestado la jurisprudencia, la extensión de esta competencia es inversamente proporcional a la extensión de la ley, es decir, cuanto mayor sea el campo disciplinado por la ley, menor será el que corresponde al decreto reglamentario […][112] (Subrayas fuera del texto original)

5.3. Principios laborales como mandatos de optimización y como límites de la competencia para regular el régimen de los miembros de la Fuerza Pública

167. La Constitución Política, prevé en los artículos 1 y 2 que Colombia es un Estado social de derecho y que dentro de sus fines esenciales está el de garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados en la misma Carta. Asimismo, el artículo 93 reconoce la obligación de dar prevalencia en el orden interno a los instrumentos internacionales que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción.

168. Así pues, los principios señalados por los tratados internacionales se presentan, en palabras de Alexy, como *mandatos de optimización*, esto es, «como normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas»[113]. En este contexto, los principios contenidos en tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos se presentan como parámetros que el legislador o en este caso, el ejecutivo, deben tener presentes para el diseño y la implementación de las políticas públicas que se adopten en relación con los derechos de las personas.

169. Es así como en materia de seguridad social y en lo relevante al objeto del presente estudio, es conveniente hacer algunas precisiones en relación con los principios de igualdad y de progresividad, conceptos cuyos contenidos pasa a explicarse:

5.3.1. Igualdad

170. El artículo 13[114] de la Constitución Política regula la igualdad frente a la ley y el derecho que tienen las personas a recibir la misma protección y trato por

---

[112] Sentencia del 3 de diciembre de 2007, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado 11001-03-26-000-2003-00014-01, expediente 24715.

[113] **ALEXY, Robert, Derecho y Razón Práctica, Ed. Distribuciones Fontamara, México D.F., segunda edición, 1998, p. 12.**

[114] «**ARTICULO 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna

parte de las autoridades, sin ser discriminadas por razón de características tales como sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, entre otras. Además, en criterio de la Corte Constitucional, con fundamento en el principio de no discriminación, la ley no puede fijar condiciones distintas a algunos sectores de la población sin una justificación objetiva y razonable, o que no tengan una relación de proporcionalidad «[…] entre los hechos que le sirven de causa a la norma y los fines que ésta persigue. […]»[115].

171. Sobre este punto la Sala estima pertinentes las consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[116], para la interpretación del derecho a la igualdad y no discriminación, así:

> **«[…] Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado[117] que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación.** La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico[118].
>
> Además, el Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto[119]. Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o

---

discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.
El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.
El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan».

[115] Corte Constitucional, Sentencia C-339 de 1996, M.P.: Julio Cesar Ortiz Gutierrez.

[116] Por medio de la Ley 16 del 30 de diciembre de 1972 el Congreso de la República aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969".

[117] *Cfr.* Opinión Consultiva OC-4/84, *supra* párr. 55.

[118] Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101 y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, supra, párr. 269.

[119] *Cfr.* Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* nota 118, párr. 103 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *supra*, párr. 271.

aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias[120].

La Convención Americana, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contiene una definición explícita del concepto de "discriminación". Tomando como base las definiciones de discriminación establecidas en el Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial[121] y el Artículo 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer[122], el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante "Comité de Derechos Humanos") ha definido la discriminación como:

Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas[123].

La Corte reitera que, mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar "sin discriminación" los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a "igual protección de la ley"[124]. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe

---

120 *Cfr*. Opinión Consultiva OC-18/03, *supra* nota 118, párr. 104; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, *supra*, párr. 271, y Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37, párr. 6.

121 El Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial señala: "En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública".

122 El Artículo 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer señala: "A los efectos de la presente Convención, la expresión 'discriminación contra la mujer' denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera".

123 Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, *supra* nota 87, párr. 6.

124 *Cfr.* Opinión Consultiva OC-4/84, *supra* nota **¡Error! Marcador no definido.**, párrs. 53 y 54 y *Caso Barbani Duarte y Otros Vs. Uruguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234, párr. 174.

analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana[125]. […]»[126] (Negrillas de la Sala)

172. Ahora bien, con el fin de evaluar la afectación de dicho principio por normas incluidas en el ordenamiento jurídico, es necesario hacer un estudio de las situaciones frente a las cuales se plantea la existencia de un trato diferente, para lo cual la Corte Constitucional en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, ha acudido a herramientas metodológicas especiales tales como el *test de igualdad*[127], que permite establecer si la diferencia de trato hacia algún sector de la población está constitucionalmente justificada, proceso que se surte en las siguientes etapas:

«[…] (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se comparan sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución. […]»[128]

5.3.2. Principio de progresividad

173. El contenido del principio de progresividad puede entenderse a partir de lo señalado por el Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales, en el artículo 2.1, así:

«Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.»

174. Lo anterior, en consonancia con lo previsto por la Convención Interamericana de Derechos Humanos en el artículo 26[129], implica la obligación de mejora

[125] Mutatis mutandi, Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de los Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 209 y Caso Barbani Duarte y otros, supra nota 91, párr. 174.
[126] Caso Atala Riffo y Niñas *Vs.* Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012.
[127] Sobre el test de igualdad, entre otras, ver las sentencias de la Corte Constitucional C-093 de 2001, C-250 de 2012 y C-015 de 2014.
[128] Sentencia C-015 de 2014.
[129] Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

continua en las medidas que adopte el Estado para avanzar en el nivel de goce y ejercicio de los derechos o de permitirles el acceso a personas que se encontraban por completo privadas de aquellos.

175. Sobre el alcance del principio de progresividad la jurisprudencia constitucional ha precisado que se trata de un mandato con dos contenidos complementarios, que explica de la siguiente manera:

> «[…] por un lado el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el pacto supone una cierta *gradualidad.* Por otra parte, también implica un segundo sentido, el de *progreso*, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Así el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha expresado que "*el concepto de realización progresiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de los derechos económicos, sociales y culturales, generalmente no podrán lograrse en un corto periodo de tiempo"*[130]. Esta última comprensión implica como contrapartida la **obligación estatal de no regresividad**, la cual ha sido interpretada doctrinal[131] y jurisprudencialmente[132] en el sentido que una

[130] Se citó: Observación general 3, Comité de derechos económicos, sociales y culturales.

[131] La Observación General No 3 sobre las obligaciones derivadas del PIDESC señala textualmente: "todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga" Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General No 3 de 1990, Párrafo 9. Otras observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aplican estas nociones al análisis concreto de derechos contenidos en el pacto; así entre otras la Observación general 4 (El derecho a un vivienda adecuada) párr. 11, la Observación general 12 (El derecho a una alimentación adecuada), párr. 19, la Observación general 13 (el derecho a la educación), párr. 45 y 59; la Observación general 14 (el derecho al disfrute del más amplio nivel posible en salud) párr. 32, 48 y 50; la Observación general 15 (El derecho al agua), párr. 19, 21 y 42. Por su parte el artículo 5.1 de las "Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 de Protocolo de San Salvador", aprobadas por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en el 2005, define la noción de progresividad del siguiente modo "a los fines de este documento, por el principio de progresividad se entenderá el criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de un derecho económico social y cultural".

[132] Además de la sentencia C-038 de 2004, existen numerosos pronunciamientos de esta Corporación en torno al alcance del principio de progresividad en materia de derechos económicos sociales y culturales. En la sentencia C-671 de 2002 la Corte tuvo la oportunidad de estudiar la constitucionalidad del artículo 24 del Decreto Ley 1795 de 2000 *"por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional"*, se acusaba esta norma de inconstitucional por cuanto excluía como beneficiarios del Sistema de Salud a los padres de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que se encontraran retirados, población que en la legislación anterior estaba vinculada al sistema. Al momento de analizar la norma demandada, la Corte constató que dicha legislación perseguía un fin legítimo desde la perspectiva constitucional, consistente en proteger la viabilidad financiera de este sistema especial de salud, empero consideró que dicha medida era regresiva, por cuanto implicaba dejar desprotegido a un grupo poblacional que bajo el régimen anterior gozaba de los beneficios del sistema. A causa de esta regresividad, la Corte indicó que este tipo de medidas deben presumirse inconstitucionales. Sin embargo, esta presunción podía ser desvirtuada, para lo cual era necesario acreditar dos requisitos: *(i)* cuando tratándose de razones imperiosas, resulte absolutamente necesario ese paso regresivo en un derecho social, siendo en tal sentido justificada su adopción y *(ii)* la aplicación de la medida regresiva no se muestre desproporcionada para las personas afectadas. Desde esta perspectiva, esta Corporación concluyó que si bien la norma acusada pretendía alcanzar un fin legítimo, como era proteger la especialidad y viabilidad financiera del sistema de salud de la Fuerza Pública a través de la exclusión de un grupo poblacional de su cobertura, dicha medida era desproporcionada porque implicaba un retroceso en la protección del derecho a la salud de esta población. En consecuencia, se declaró su constitucionalidad condicionada. La sentencia C-931 de 2004, analizó la constitucionalidad de la ley anual de presupuesto para el 2004. En esta ocasión la Corte, entre otros aspectos, estudió la constitucionalidad de la norma que dejaba de reajustar las transferencias a favor de las universidades públicas. En su análisis, la Corte señaló que de las normas constitucionales no se derivaba una obligación a cargo del Estado de actualizar los recursos financieros de estos centros educativos. Sin embargo, la ley, la jurisprudencia y los tratados de derecho internacional ratificados por Colombia e integrados al ordenamiento vía bloque de constitucionalidad, han reconocido el acceso a la educación como derecho social, lo que obligaba a su desarrollo progresivo, por lo tanto la Corte advirtió que la disposición examinada

vez alcanzado un determinado nivel de protección *"la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad"*[133], lo cual no sólo es aplicable respecto a la actividad del Legislador sino también respecto a la actuación de la Administración en el diseño y ejecución de políticas públicas en materia de derechos económicos sociales y culturales al igual que cualquier rama de los poderes públicos con competencias en la materia.»

5.4. Subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales

176. En primer lugar, es importante señalar que, en términos de la Corte Constitucional[134], el subsidio familiar se puede definir como «una prestación social legal de carácter laboral[135] y, desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone. De tal manera que ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar».

---

resultaba *prima facie* inconstitucional, como quiera que introducía un retroceso en un derecho social debido a que el congelamiento de los recursos otorgados a las instituciones públicas de educación superior obligaba limitar el acceso a este nivel de educación. En atención a lo anterior, la Corte procedió a realizar un juicio de proporcionalidad que determinara si la medida regresiva se encontraba justificada por la necesidad de obtener un objetivo imperioso constitucionalmente válido, y si, además, era razonable y proporcionada, el cual condujo nuevamente a una declaratoria de constitucionalidad condicionada de la disposición acusada. En la sentencia C-991 de 2004 se examinó la constitucionalidad de la Ley 812 de 2002, que fijaba un límite temporal a la protección laboral reforzada, dentro de procesos de renovación de la administración pública, a favor de sujetos de especial protección constitucional, esto es, madres y padres cabeza de familia y discapacitados (personas con limitación física, mental, visual o auditiva), la norma era acusada de implicar una regresión en la protección, en tanto la legislación anterior sobre el tema, esto es, el artículo 12 de la ley 790 de 2002, no incorporaba este límite temporal. La medida fue declarada inexequible, por cuanto afectaba en alto grado la estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección constitucional. Por lo tanto, fue declarada la inexequibilidad de la norma acusada. También en materia de tutela se ha reiterado el alcance del principio de progresividad, así en la sentencia T-1318 de 2005 se declaró contraria a este principio la actuación del municipio de Palmira que había reducido el monto de los subsidios otorgados a los beneficiarios de un proyecto de vivienda de interés social alegando incapacidad financiera la Sala séptima de revisión constató que la reducción de los subsidios para el acceso a la vivienda de interés social constituye una medida regresiva en el derecho social a una vivienda digna. En la sentencia T-043 de 2007 se ordenó la inaplicación de las disposiciones de la Ley 860 de 2003 que establecían condiciones más gravosa para el acceso a la pensión de invalidez frente a los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 por considerarlas contrarias al principio de progresividad. Igualmente en numerosos fallos de tutela relacionadas con menores que había sido excluidos de la educación pública financiada con los recursos del sistema general de participaciones, en razón de su edad el mandato de progresividad en los derechos económicos, sociales y culturales ha sido un elemento relevante para decidir los diferentes casos, al respecto puede consultarse la sentencia T-273 de 2007. Por ser contrarias al principio de progresividad también se ha ordenado la inaplicación de disposiciones reglamentarias que excluían de la calidad de beneficiarios de seguridad social en salud a los padres de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ver sentencias T-267 de 2006 y T-418 de 2007.

[133] Sentencia C-038 de 2004 f. j. 22.

[134] Corte Constitucional, sentencia C-508 de 1997.

[135] En la providencia en mención, se citó: «La Corte Suprema de Justicia, ha establecido que las *prestaciones sociales* son todo aquello que debe el empleador al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas, pactos colectivos, contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo, fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del empleador, para cubrir riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma. Sobre el particular ver las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral del 9 de septiembre de 1982, 18 de julio de 1985 y 12 de febrero de 1993.».

177. Por su parte, la Ley 21 de 1982[136] concibió el subsidio familiar como una prestación social que tendría la finalidad de aliviar las cargas del sostenimiento de la familia, pagadera en dinero, especie y servicios para aquellos trabajadores de medianos y menores ingresos, su pago sería proporcional al número de personas a cargo y su finalidad (artículo 1), pero no constituiría salario ni se tendría como factor del mismo para ningún efecto (artículo 2).

178. En lo que respecta a su pago, el artículo 5 *ejusdem* reguló las diferentes modalidades así:

- **En dinero:** se daría como una cuota monetaria por cada persona a cargo que le diera derecho a la prestación.

- **En especie:** se reconocería en alimentos, vestido, becas de estudio, textos escolares, medicamentos u otros bienes distintos al dinero.

- **En servicios:** es aquel beneficio que se otorgaría mediante la utilización de las obras y programas sociales organizados por las cajas de compensación familiar.

179. Ahora, en el artículo 13 de la Ley 21 de 1982 se precisó que el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, entre otras entidades, continuarían pagando el subsidio familiar de acuerdo con las normas especiales que las regían. Así, para las Fuerzas Militares, el Decreto 1211 de 1990 reguló el derecho para los oficiales y suboficiales, en los artículos 79 y siguientes, y para los soldados solo se concibió hasta la expedición del Decreto 1794 de 2000, que le confirió a los soldados que se incorporaran como profesionales, la posibilidad de devengarlo durante el servicio, en los siguientes términos:

> ARTICULO 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, 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.

180. Más adelante y en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4 de 1992, el presidente de la República expidió el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009[137] por medio del cual se derogó la anterior disposición. Sin embargo, la dejó a salvo para aquellos que ya la venían devengando, en los siguientes términos:

---

[136] «Por la cual se modifica el régimen del Subsidio familiar y se dictan otras disposiciones».
[137] «**Por el cual se deroga el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones»**

«PARÁGRAFO PRIMERO. Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio».

181. Por su parte, el parágrafo segundo de esta norma aclaró que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual.

182. Es de anotar que el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009 fue declarado nulo por la Sección Segunda, Subsección B, en providencia del 8 de junio de 2017[138], con lo cual revivió el artículo 11 del Decreto 1194 de 2000 que consagraba el derecho al subsidio familiar para los soldados profesionales casados o en unión libre.

183. Ahora bien, en desarrollo de las Leyes 4 de 1992 y 923 de 2004, el presidente de la República expidió el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014[139], por medio del cual creó nuevamente el subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales, a partir del 1 de julio de 2014[140]. 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, en los siguientes términos:

---

[138] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de junio de 2017, radicación: 11001032500020100006500(0686-2010), actor: Fundación Colombiana Sentimiento Patrio de los soldados e infantes de Marina Profesionales «SEDESOL».

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

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

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

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

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

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.

184. En la misma fecha, se expidieron disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los soldados profesionales y los infantes de marina 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.

185. Las normas en comento llevan a concluir que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004[141], 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 2009[142], y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida[143].

---

[141] Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.
[142] Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.
[143] Artículo 5 del Decreto 1161 de 2014.

186. 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.

187. En conclusión, Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30%[144] para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000[145] y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

5.4.1. De la inclusión del subsidio familiar para la liquidación de la asignación de soldados profesionales antes de la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014

188. En capítulos precedentes se señaló que en sentencia del 17 de octubre de 2013[146] la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se consideró que la exclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales atenta contra el derecho a la igualdad, concluyó que existía un trato diferenciado sin una justificación razonable, al excluir un emolumento cuya finalidad es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de quienes están a su cargo, con base en el siguiente razonamiento[147]:

> «En efecto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece un trato diferenciado, al incluir el subsidio familiar en la liquidación de los Oficiales y Suboficiales, empero, no la incluyó en los Soldados Profesionales, sin que se vislumbre justificación razonable para tal exclusión.

---

[144] Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.
[145] El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.
[146] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 17 de octubre de 2013, radicación: 11001031500020130182101 (AC), actor: José Narcés López Bermúdez.
[147] Dentro de las sentencias en las que se reitera la posición expuesta se pueden ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Cuarta, sentencia del 29 de abril de 2015, radicación: 11001031500020150038000 (AC), actor: Jairo Jaraba Morales; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 29 de abril de 2015, radicación: 11001031500020150080100(AC), actor: José Edgar Moncada Rangel; Sección Primera, sentencia del 28 de mayo de 2015, radicación: 11001031500020150000101(AC), actor: Eduar Chica Zea; Sección Primera, sentencia del 12 de noviembre de 2015, radicación: 11010315000201500009 00(AC), actor: José Ober Dávila Bueno; Sección Primera, sentencia del 23 de junio de 2017, radicación: 11001031500020170105800 (AC), actor: Aedwing Guerrero Galvis; Sección Segunda, sentencia del 4 de septiembre de 2017, radicación: 11001031500020170192200(AC), actor: Oscar Daniel Lenis Morales; Sección Primera, sentencia del 8 de noviembre de 2017, radicación: 11001031500020170152700 (AC), actor: José Alirio Camargo Pérez, y en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho resuelto mediante providencia de la Subsección A, sentencia del 27 de octubre de 2016, radicación: 25000234200020130014301 (3663-2014), actor: Armando Guarín Cujaban.

> Por el contrario, si se tiene en cuenta que la finalidad del plurimencionado subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo en consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para los Oficiales y Suboficiales que se encuentran un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales.
>
> Así pues, a luz de la Carta Política y los postulados del Estado Social de Derecho, resulta inaceptable que el Decreto 4433 de 2004 haya previsto el subsidio familiar como partida computable para los miembros de las Fuerza Pública que tienen una mejor categoría - los Oficiales y Suboficiales - dejando por fuera a los que devengan un salario inferior y en consecuencia, a quienes más lo necesitan, los Soldados Profesionales.»

189. Acorde con lo anterior, la vulneración al derecho a la igualdad y la finalidad del subsidio familiar han sido el punto de partida para distintos pronunciamientos dentro de acciones de tutela instauradas contra las sentencias proferidas por los tribunales administrativos del país, y se ha asumido como el argumento central para restarle validez al criterio de la taxatividad en relación con los factores que se deben incluir en la liquidación de la prestación objeto de estudio[148], el cual, a su vez, se vio reflejado en el pronunciamiento emitido dentro de un proceso de restablecimiento del derecho del 27 de octubre de 2016[149], empero, no se ha proferido una sentencia de unificación en la materia.

190. No obstante, es necesario verificar dicha hipótesis, para lo cual se acude al test de igualdad, que precisa que se siga el siguiente orden descrito en la sentencia C-015 de 2014[150], mencionado previamente. Para lo cual, la Sala

---

[148] Dentro de las sentencias en las que se reitera la posición expuesta se pueden ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Cuarta, sentencia del 29 de abril de 2015, radicación: 11001031500020150038000 (AC), actor: Jairo Jaraba Morales; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 29 de abril de 2015, radicación: 11001031500020150080100(AC), actor: José Edgar Moncada Rangel; Sección Primera, sentencia del 28 de mayo de 2015, radicación: 11001031500020150000101(AC), actor: Eduar Chica Zea; Sección Primera, sentencia del 12 de noviembre de 2015, radicación: 11010315000201500009 00(AC), actor: José Ober Dávila Bueno; Sección Primera, sentencia del 23 de junio de 2017, radicación: 11001031500020170105800 (AC), actor: Aedwing Guerrero Galvis; Sección Segunda, sentencia del 4 de septiembre de 2017, radicación: 11001031500020170192200(AC), actor: Oscar Daniel Lenis Morales; Sección Primera, sentencia del 8 de noviembre de 2017, radicación: 11001031500020170152700 (AC), actor: José Alirio Camargo Pérez.

[149] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 27 de octubre de 2016, radicación: 25000234200020130014301 (3663-2014), actor: Armando Guarín Cujaban.

[150] El test se aplica en nivel de intensidad leve, conforme lo sostenido por la misma Corte Constitucional en la sentencia C- 015 de 2014, al señalar: «[…]La regla es la de que al ejercer el control de constitucionalidad se debe aplicar un test leve, que es el ordinario. Este test se limita a establecer la legitimidad del fin y del medio, debiendo ser este último adecuado para lograr el primero, valga decir, a verificar si dichos fin y medio no están constitucionalmente prohibidos y si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero. Esta regla se formula a partir de dos importantes consideraciones: el principio democrático, en el que se funda el ejercicio de las competencias del legislador, y la "presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas". El test leve busca evitar decisiones arbitrarias y caprichosas del legislador, es decir, decisiones que no tengan un mínimo de racionalidad.
El test leve ha sido aplicado por este tribunal en casos en que se estudian materias económicas, tributarias o de política internacional, o en aquellos en que está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, o en los cuales se trata de analizar una normatividad anterior a la vigencia de la Carta de 1991 derogada pero que surte efectos en el presente, o cuando, a partir del contexto normativo del precepto demandado, no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión.[…]»

determinará si los soldados profesionales se encuentran en un plano de igualdad fáctica frente a los oficiales y suboficiales, dado que la providencia del 17 de octubre 2003, consideró suficiente el hecho de que tanto soldados profesionales como oficiales y suboficiales fueran miembros de las fuerzas militares para ubicarlos en un plano de igualdad fáctica.

191. Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime[151] que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales.

192. En ese sentido, la Corte ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse «como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática»[152], por lo que ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que aunque otorgan un trato desigual, se basan en circunstancias objetivas y razonables por lo cual se ajustan a la Constitución, resaltando que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes presupuestos: «(i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad»[153], por lo cual ha concluido que «la diferencia de trato resulta insuficiente, *per se*, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad».

193. En relación con este punto, se reiteran las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia C-057 de 2010, al analizar la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994[154] y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005[155], y a las que se hizo referencia *in extenso* en acápites anteriores, en la que concluyó que la diferencia entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados se encontraba justificada.

194. A lo anterior se agrega, que el de la igualdad no es el único principio que debe atenderse para la interpretación de la disposición objeto de análisis, pues es claro que existía una situación previa en la que los soldados profesionales no tenían el mismo grado de protección del derecho a la seguridad social de los oficiales y suboficiales, pues fue solo hasta la expedición del Decreto 4433 de 2004 que se consagró la asignación de retiro, con lo cual se observó un avance en materia de garantías para los soldados profesionales.

---

[151] T-530 de 2002, T-119 de 2001, T-540 de 2000, T-117 de 2003, C-1110 de 2001.
[152] T-587 de 2006.
[153] Ibidem.
[154] Por el cual se modifica la caja de vivienda militar y se dictan otras disposiciones.
[155] Por la cual se modifica el Decreto-ley 353 del 11 de febrero de 1994 y se dictan otras disposiciones.

195. De acuerdo con lo expuesto en precedencia, el hecho de consagrar una asignación de retiro para un sector de las fuerzas militares que antes no lo tenía, es una expresión del principio de progresividad, lo cual, admite que se implemente con cierta gradualidad, hacia la plena realización de los derechos en el diseño y ejecución de políticas públicas en materia del derecho a la seguridad social. Visto así, se trata de una medida positiva encaminada a lograr la igualdad en la protección de todos los miembros de las fuerzas militares durante el retiro, aspecto para el cual se deben tener en cuenta factores tales como los recursos de los que se disponga[156], de manera que se asegure la viabilidad de las decisiones que se adopten en tal sentido, ello permite entender que más adelante, se amplió el radio de esta garantía con los Decretos 1161 y 1162 de 2014, que incluyeron expresamente este emolumento, como partida computable en la liquidación de la prestación bajo estudio.

196. Una vez definido que no se vulnera el derecho a la igualdad de los soldados profesionales frente a los oficiales y suboficiales, frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, surge un interrogante de similares connotaciones, entre aquellos soldados profesionales que adquirieron la asignación de retiro con antelación a la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, frente a quienes consolidan su derecho con posterioridad a ellos, lo que implica la inclusión del emolumento bajo estudio.

197. Tal situación, supone la confrontación de las situaciones ambos grupos de personal, que ameritan un nuevo análisis del derecho a la igualdad, bajo el mismo esquema planteado anteriormente, *test de igualdad,* así:

198. i) Patrón de igualdad: En el escenario planteado se evidencia con facilidad que se trata de sujetos de la misma naturaleza, sin que dicha condición se vea modificada por la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014.

199. ii) Trato desigual entre iguales: De igual manera, se puede afirmar, sin hesitación alguna, que con la expedición de los mencionados Decretos 1161 y 1162 de 2014 se imparte un trato diferenciado frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues a quienes adquirieron el derecho previamente, según se definió en líneas anteriores, no les asiste derecho a su cómputo.

200. iii) La diferencia de trato está constitucionalmente justificada: En este punto, es igualmente relevante remitirse al ámbito de aplicación del principio de progresividad, el cual admite la adopción de medidas que amplíen el catálogo de derechos, se presente de manera gradual. Así las cosas, el hecho de que el derecho a la asignación de retiro no abarque

[156] Art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales.

desde su nacimiento a la vida jurídica absolutamente todas las partidas que se espera que lleguen a conformarla, no vulnera por sí mismo el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que es constitucionalmente admisible que el derecho se amplíe de manera escalonada, lo que de suyo implica que los sujetos que logren consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones.

201. De esta manera, se observa que existe una razón suficiente para un trato jurídico desigual dada por el principio de la progresividad[157] a lo que se agrega el principio formal de la libertad de configuración del legislador o en este caso el ejecutivo para regular la materia, tal y como antes se analizó, de manera que el trato en el plano jurídico de la asignación de retiro que se otorga a los soldados profesionales antes de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 no resulta arbitrario ni injustificado.

202. Bajo el modelo descrito, es claro que aunque es cierto que existe un trato jurídico distinto entre sujetos que se encuentran en un plano de igualdad fáctica, lo cierto es que tal situación está justificada en principios de raigambre constitucional, de manera que no se configura la vulneración del derecho a la igualdad.

203. En conclusión: 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.

6. Asignación salarial que debe tenerse en cuenta para efectuar la liquidación de la asignación de retiro de los soldados voluntarios incorporados como profesionales

204. Para analizar este tema, es necesario recordar que la asignación salarial mensual de los soldados voluntarios incorporados como profesionales fue objeto de estudio por esta Corporación en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016[158]. Allí se definió la controversia suscitada frente a los soldados voluntarios que pasaron a ser profesionales, en el sentido de precisar que, de conformidad con el inciso 2.º del artículo 1.º del Decreto Reglamentario 1794 de 2000, la asignación salarial mensual de los soldados profesionales que a 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados voluntarios en los términos de la Ley

---

[157] R. Alexy destaca «El principio de igualdad de hecho es, por lo tanto, una razón suficiente para un derecho subjetivo definitivo a un trato jurídico desigual que sirve para la creación de la igualdad de hecho, sólo si desplaza a todos los otros principios contrapuestos que estén en juego.». Teoría de los Derechos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da edición, Madrid 2017, p. 373.

[158] Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, radicación: 85001-33-33-002-2013-00060-01(3420-15) CE-SUJ2-003-16, actor: Benicio Antonio Cruz, demandado: Ministerio de Defensa - Fuerzas Militares de Colombia - Ejército Nacional.

131 de 1985, es de un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

205. Sin embargo, se encuentra pendiente de definir cuál es la asignación básica mensual que debe tenerse en cuenta para la asignación de retiro de ese personal. Lo anterior, por cuanto el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 prescribe que los soldados voluntarios que se incorporen como soldados profesionales tienen derecho al reconocimiento de una asignación de retiro cuando cumplan 20 años de servicios, la cual será liquidada en el equivalente al 70% del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1 de aquella norma, adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, sin que la mesada pueda ser inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes. A su vez, el numeral citado prescribe que es partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales el «Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1.° del Decreto-ley 1794 de 2000», norma esta última que prevé:

> ARTÍCULO 1. ASIGNACIÓN SALARIAL MENSUAL. **Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.**
> Sin perjuicio de lo dispuesto en el parágrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%). (resalta la sala)

206. Al revisar el contenido literal de la disposición, se observa que ella prevé que la asignación de retiro de los soldados profesionales debe liquidarse con base en una asignación salarial mensual equivalente al salario mínimo legal mensual vigente aumentado en un 40%, sin hacer precisión adicional respecto de quienes para el 31 de diciembre de 2000 estaban vinculados a las Fuerzas Militares como soldados voluntarios, los que en virtud del inciso 2 artículo 1 *ejusdem,* tenían derecho a una asignación salarial mensual equivalente a un salario mínimo legal mensual incrementado en un 60%.

207. Tal laguna normativa lleva al interrogante de cuál debe ser la asignación salarial que debe tenerse en cuenta para efectuar la liquidación de la asignación de retiro de los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales, lo que implica definir si esta prestación debe ser calculada teniendo en cuenta el tenor literal de la norma, esto es, lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, es decir, el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%, o si por el contrario, la prestación de retiro debe calcularse con base en la remuneración que correspondía a los soldados voluntarios incorporados como profesionales, o sea, con base en el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

208. Para dirimir tal cuestión es necesario revisar, en primer término, el contenido del artículo 18 del Decreto 4433 de 2004, el cual regula los aportes que los

soldados profesionales en servicio activo deben realizar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. La norma en cita indica:

> **Artículo 18.** ***Aportes de soldados profesionales de las Fuerzas Militares****.* Los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares:
> 18.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer **salario mensual**, como aporte de afiliación.
> 18.2 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.
> 18.3 Sobre el **salario mensual** y la prima de antigüedad, un aporte mensual del cuatro punto cinco por ciento (4.5%) hasta el 31 de diciembre de 2004, porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1° de enero de 2005 y, adicionalmente, otro cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1° de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%).
> El aporte sobre la prima de antigüedad fijado en el presente numeral se liquidará sobre los porcentajes que se señalan a continuación de acuerdo con el tiempo de servicio así:
> 18.3.1 Ciento por ciento (100%) durante los primeros cinco (5) años.
> 18.3.2 Ochenta y seis punto tres por ciento (86.3%) durante el sexto (6) año.
> 18.3.3 Sesenta y nueve punto uno por ciento (69.1%), durante el séptimo (7) año.
> 18.3.4 Cincuenta y siete punto seis por ciento (57.6%), durante el octavo (8) año.
> 18.3.5 Cuarenta y nueve punto tres por ciento (49.3%) durante el noveno (9) año.
> 18.3.6 Cuarenta y tres punto dos por ciento (43.2%) durante el décimo (10) año.
> 18.3.7 El treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante.

209. La disposición transcrita evidencia que los aportes que efectúan los soldados profesionales a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se realizan con base en los factores que se constituyen en las partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro, según lo ordena el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, esto es el **salario mensual** y la prima de antigüedad, y que los porcentajes allí indicados rigen de la misma forma para todos los soldados profesionales sin importar si se vincularon a las Fuerzas Militares antes o después de la entrada en vigencia del Decreto 1793 de 2000.

210. Mírese que la norma se refiere al *salario mensual*, el cual como se indicó en precedencia, es el previsto en el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, disposición que contempla dos supuestos fácticos:

(i) para los que se vinculen como soldados profesionales a partir de su entrada en vigencia, un salario mínimo legal mensual incrementado en un 40% y,

(ii) para quienes al 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados de acuerdo a la Ley 131 de 1985, un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%.

211. Al confrontar el contenido del precitado artículo con el del artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004 se advierte que, en principio, podría generarse una contradicción, por cuanto por una parte, este último prevé que la asignación de retiro se calculará teniendo como partida computable el inciso 1 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, el salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 40%, mientras que el artículo 18 del Decreto 4433 contempla que los aportes para la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se harán con base en el salario mínimo mensual, de manera que para algunos es el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40% y para otros, en un 60%.

212. Ello implica que si se interpretara gramaticalmente el artículo 13.2.1, se llegaría a la conclusión de que, independientemente de si se realizaron cotizaciones sobre el salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%, o en un 60%, la asignación de retiro se liquidaría sobre el salario aumentado en un 40%.

213. En esas condiciones, es claro que una interpretación gramatical del artículo 13.2.1 *ibidem* estaría desconociendo los valores sobre los cuales efectivamente se realizaron las cotizaciones de los destinatarios del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, con lo cual se ofrece un tratamiento inequitativo para aquellas personas que, habiendo realizado aportes sobre un salario mayor, reciben una mesada igual a quienes contribuyeron al sistema en el mismo porcentaje, pero sobre un ingreso inferior. Esta situación va en detrimento del principio de igualdad material frente al derecho a que la mesada pensional corresponda a lo efectivamente cotizado de aquellas que sí gozan de tal garantía.

214. De igual modo, es evidente que tal tratamiento desconoce la proporcionalidad y correspondencia que debe predicarse entre el valor de la prestación de retiro, los factores salariales y los porcentajes sobre los cuales cada persona hubiere efectuado cotizaciones, como antes se indicó.

215. Al respecto, es menester tener en cuenta que, si bien es cierto, no podría hablarse del desconocimiento de derechos adquiridos en materia de régimen pensional, toda vez que quienes fueron soldados voluntarios tuvieron la posibilidad de acceder a una asignación de retiro solamente a partir del Decreto 4433 de 2004, también lo es que, de acuerdo con el artículo 18 *ejusdem,* los aportes de los soldados profesionales para la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se calculan sobre el salario mensual y la prima de antigüedad. En ese orden, los destinatarios del inciso segundo del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 deberían aportar con base en una asignación equivalente al salario mínimo legal vigente aumentado en un 60%, a diferencia de aquellos que se rigen por el inciso 1 de la norma a quienes les corresponde efectuar aportes sobre el salario mínimo legal aumentado en 40%.

216. La solución que se plantea para definir el asunto, es una interpretación armónica de los artículos 16 y 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004 que permita determinar el salario con base en la cual debe liquidarse la asignación de retiro de los soldados profesionales de acuerdo con lo prescrito en el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 en su integridad, lo cual implica que en el caso de los soldados voluntarios que fueron incorporados como profesionales deba atenderse el inciso segundo de la norma en cuestión, pues es esta la exégesis que atiende los principios de correspondencia entre los aportes y el valor de la mesada, y garantiza en mayor medida el derecho a la asignación de retiro como componente fundamental del derecho a la seguridad social, así como la equidad e igualdad material que se dispensa a los destinatarios de la norma, favorabilidad y *pro homine*[159], postulados superiores que resultan de mayor peso al del principio de presunción de legalidad.

217. Admitir lo contrario conlleva, además del detrimento de estos últimos, al enriquecimiento sin causa de la entidad pública que reconoce la asignación de retiro de acuerdo con un ingreso base de liquidación inferior al que efectivamente sirvió para definir el porcentaje de los aportes. Igualmente, al desconocimiento del parámetro de validez garantista[160] para los derechos de las personas, que debe tenerse en cuenta en la aplicación de las fuentes formales del derecho, orientación que propone el modelo de Estado Social de Derecho[161] y sus fines[162].

218. En este sentido se retoman las consideraciones expuestas por esta Corporación en la sentencia del 8 de junio de 2017[163], al señalar:

> […] con base en la cláusula del Estado Social de Derecho, resulta imperativo favorecer en su decisión la vigencia de la norma de derecho social de mayor alcance, acogiéndose a la regla hermenéutica que rige en materia de derechos sociales, *in dubio pro justitia socialis,* e interpretar las normas a favor de los soldados profesionales, por cuanto que al serle aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el "bienestar", esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad.

219. Tampoco puede desconocerse que uno de los elementos del régimen de la Fuerza Pública es que el incremento de las asignaciones de retiro siempre corresponde al mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros en servicio activo, de manera que es claro que lo devengado en actividad debe ser proporcional a la prestación de retiro.

---

[159] Sobre el principio *pro homine* ver sentencias de unificación de esta sección: SUJ-009-S2 de 2018; SUJ-010-S2 de 2018 y SUJ-013-S2 de 2018.
[160] Garantismo Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, Edición de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Ed. Trotta, S.A. 2005, 2009. Madrid. P. 29
[161] Artículo 1 de la Constitución Política.
[162] Artículo 2 *ibidem.*
[163] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de junio de 2017, radicación: 11001032500020100006500 (0686-2010), actor: Fundación Colombiana Sentimiento Patrio de los Soldados e Infantes de Marina Profesionales «SEDESOL».

220. En conclusión, 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% teniendo en cuenta que los aportes deben efectuarse sobre dicho valor.

221. 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%.

7. Legitimación de CREMIL para decidir sobre el reajuste de la asignación de retiro

222. Una vez definido que la asignación de retiro debe liquidarse para el caso de los soldados voluntarios incorporados como profesionales sobre el salario mensual incrementado en un 60%, es menester analizar si para solicitar la reliquidación de la asignación de retiro conforme a dicho porcentaje, es necesario que previamente se hubiera solicitado la reliquidación del salario devengado en servicio activo al Ministerio de Defensa Nacional o si es viable acudir directamente a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL para requerir dicho ajuste, toda vez que sobre el particular también se presentan diferencias que se han visto reflejadas en el hecho de que en algunas providencias se consideró que la Caja de Retiro no se encuentra legitimada en la causa para resolver sobre una petición inicial de reliquidación de la asignación de retiro con base en un IBL distinto al salario que devengó el servidor en actividad[164], mientras que en otras se determina la viabilidad de conceder las pretensiones contra dicha entidad[165].

223. En relación con la legitimación en la causa por pasiva de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, sea lo primero precisar que dicho presupuesto de la sentencia ha sido entendido por el Consejo de Estado en dos sentidos, uno de

---

[164]Ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Cuarta, sentencia del 4 de febrero de 2016, radicación: 11001031500020150304100(AC), actor: Ubeimar Laureano García; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 11 de mayo de 2016, radicación: 11001031500020160076600 (AC), actor: José Correa Niño; Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 9 de agosto de 2016, radicación: 11001031500020160178900(AC), actor: Efren Castaño Bejarano; Sección Cuarta, sentencia del 30 de agosto de 2016, radicación: 11001031500020160184000(AC), actor: David Chavarro León; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 14 de diciembre de 2016, radicación: 11001031500020160288100(AC), actor: Luis Custodio Mejía Silva; Sección Quinta, sentencia del 6 de septiembre de 2017, radicación: 11001031500020171041 01 (AC), actor: Ramiro de Jesús Tamayo Henao; Sección Cuarta, sentencia del 28 de mayo de 2015, radicación: 11001031500020150000701(AC), actor: Jorge Eliecer Villalba Zapata; Sección Cuarta, sentencia del 4 de febrero de 2016, radicación: 11001031500020150304100 (AC), actor: Ubeimar Laureano García.

[165] Ver sentencias del Consejo de Estado: Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 18 de enero de 2016, radicación: 11001031500020150287700 (AC), actor: Cecilio Cabezas Quiñonez; Sección Cuarta, sentencia del 11 de mayo de 2016, radicación: 11001031500020160082200(AC), actor: Jairo Mendoza Mendoza; Sección Primera, sentencia del 4 de agosto de 2016, radicación: 11001031500020160098701(AC), actor: Miguel Angel Ruiz Guerrero.

hecho o procesal[166] y otro material o sustancial[167], cuya diferencia está dada por lo siguiente:

> «[…] la legitimación en la causa ha sido estudiada en la jurisprudencia y la doctrina y para los juicios de cognición desde dos puntos de vista: de **hecho y material**. Por la primera, legitimación de hecho en la causa, se entiende la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal; **es decir es una relación jurídica nacida de una conducta, en la demanda, y de la notificación de ésta al demandado; quien cita a otro y le atribuye está legitimado de hecho y por activa**, y a quien cita y le atribuye está legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda. **En cambio la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no.** Es decir, todo legitimado de hecho no necesariamente será legitimado material, pues sólo están legitimados materialmente quienes participaron realmente en los hechos que le dieron origen a la formulación de la demanda.»[168] (Negrillas y subrayas fuera del texto)

224. Del mismo modo, es viable que no exista concurrencia entre ambos conceptos, es decir, un sujeto puede tener legitimación en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, tal y como se ilustró en la sentencia del 15 de junio de 2000, en los siguientes términos:

> «La legitimación *ad causam* material alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no. Ejemplo:
>
> - A, Administración, lesiona a B. A y B, están legitimados materialmente; pero si
>
> - A demanda a C, sólo estará legitimado materialmente A; además si D demanda a B, sólo estará legitimado materialmente B, lesionado. Si D demanda a C, ninguno está legitimado materialmente.
>
> Pero en todos esos casos todos están legitimados de hecho; y sólo están legitimados materialmente, quienes participaron realmente en la causa que dio origen a la formulación de la demanda»[169].

225. Dadas las anteriores condiciones se ha admitido que la falta de legitimación en la causa no impide al juez pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de la demanda, precisamente, en razón a que aquella constituye un elemento de la

---

[166] Así se le denominó en la providencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de junio de 2004, exp. 76001-23-31-000-1993-0090-01(14452), actor: Reinaldo Posso García y otros.
[167] Op cit.
[168] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 17 de junio de 2004, referencia: 76001233100019930090 01 (14452) en el mismo sentido ver las sentencias del 4 de febrero de 2010, Radicación: 70001233100019950507 2 01(17720), actor: Ulises Manuel Julio Franco y otros. Auto del 30 de enero de 2013, radicación: 25000232600020100039 5 01(42610), actor: Sociedad Reserva Publicitaria Ltda.
[169] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de junio de 2000; Radicación: 11001 0326000200010171 01, Actor: Ana Cecilia Valencia Ángel y otro.

pretensión y no de la acción[170]. En ese orden, cuando se advierte que el demandante carece de un *interés jurídico perjudicado*[171] y, por ende, del derecho a ser resarcido o que el demandado no es el llamado a reparar los perjuicios ocasionados se deben negar las pretensiones de la demanda.

226. De acuerdo con lo expuesto, CREMIL tiene legitimación en la causa de hecho y material frente al reajuste del 20% en la asignación de retiro de los soldados profesionales, por las siguientes razones:

(i) Es la entidad que expide el acto por medio del cual se resuelve sobre la petición de reajuste de la asignación de retiro que formuló el interesado y cuya nulidad se demanda.

(ii) En caso de que se emita una sentencia favorable para la parte demandante, la entidad que debe dar cumplimiento a la orden de reliquidación de la prestación es CREMIL, en razón a su función de reconocimiento, liquidación y pago de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

227. En efecto, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares es un establecimiento público del orden nacional que se encuentra adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente[172], entidad a la que de conformidad con la Ley 923 de 2004, artículo 3.10, le corresponde la administración de aportes, reconocimiento y pago de asignaciones de retiro y de sustituciones, cuyas funciones están descritas de manera detallada en el Acuerdo 08 de 2002[173], por el cual se adoptan los Estatutos Internos de la entidad:

> ARTICULO 5. - Objeto. - La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares tiene como objeto fundamental reconocer y pagar las Asignaciones de Retiro al personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que consoliden el derecho a tal prestación, así como la sustitución pensional a sus beneficiarios, y contribuir al desarrollo de la política y los planes generales que en materia de seguridad social adopte el Gobierno Nacional respecto de dicho personal.
>
> ARTICULO 6. - La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en cumplimiento de su objeto y dentro del marco de las normas legales vigentes, desarrollará las siguientes funciones:

---

[170] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 20 de abril de 2017, referencia: 52001233100020100059001 (2466-2012), actor: José Antonio Benavides.
[171] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 27 de marzo de 2014, referencia: 25000-23-26-000-1999-00802-01(28204), actor: Informática Datapoint de Colombia Ltda.
[172] El Decreto Ley 2342 de 1971 «Por el cual se reorganiza la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares», en el artículo 1 prevé «La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, creada y reorganizada por las Leyes 75 le 1925, 104 de 1927, 105 de 1936, 100 de 1946 y Decretos Nos. 1680 de 1942 y 240 de 1952, es un establecimiento público, es decir, un organismo dotado, de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, encargado de desarrollar la política y los planes generales que en materia de seguridad social adopte el Gobierno Nacional respecto del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares retirados en goce de asignación de retiro y sus beneficiarios.»
[173] El Consejo Directivo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

1. Colaborar con el Ministerio de Defensa Nacional en la formulación de la política y planes generales en materia de seguridad y previsión social en relación con el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares con asignación de retiro y sus beneficiarios en goce de sustitución pensional.
2. Administrar directa o indirectamente los bienes muebles e inmuebles y los recursos de capital que constituyan el patrimonio de la Entidad, o aquellos que sin ser de su propiedad se confíen a su manejo.
3. Reconocer y pagar oportunamente las asignaciones de retiro, pensiones y demás prestaciones que la Ley señale, a quienes adquieran este derecho.
4. Adelantar campañas y programas de bienestar social a favor de sus afiliados y de sus propios servidores.
5. Las demás que correspondiendo a sus objetivos, sean necesarias para el buen cumplimiento de los mismos.

228. Según las normas transcritas CREMIL tiene la función de reconocer, liquidar y pagar las asignaciones de retiro, en consecuencia, será la entidad obligada a efectuar una reliquidación de dicha prestación.

iii) Conviene aclarar además que el hecho de que la citada entidad realice el aludido reconocimiento con base en lo consignado en la hoja de servicios elaborada por el Ministerio de Defensa, entidad nominadora, no implica la imposibilidad de llevar acabo el reajuste de la prestación de retiro en virtud de una orden impartida por una sentencia judicial. Cosa distinta es que haya lugar a realizar descuentos por concepto de los aportes que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, así como el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.

229. Adicionalmente, que la posibilidad de obtener un reajuste de la asignación de retiro dependa de la modificación de la asignación salarial, implicaría que, si prescribe el derecho a solicitar el reajuste salarial lo cual supone la negativa de tal pretensión y, en consecuencia, de la modificación del ingreso base de liquidación, el ex servidor estaría impedido para pretender la reliquidación de su asignación de retiro, derecho que, por el contrario, tiene el carácter de imprescriptible[174] y que por demás, tiene la connotación de mínimo e irrenunciable por ser componente del derecho fundamental a la seguridad social.

230. Lo anterior, teniendo en cuenta que, una vez opera el retiro del servicio la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que tal concepto pasa de ser una

[174] Sobre este aspecto la Subsección A precisó:
«Conforme la sentencia de la Corte Constitucional y las reseñadas del Consejo de Estado se obtiene que las prestaciones periódicas son aquellos pagos corrientes que le corresponden al trabajador, originados en una relación laboral o con ocasión de ella, que se componen de prestaciones sociales que son beneficios para cubrir riesgos del empleado y no sociales como el pago del salario, pero que una vez finalizado el vínculo laboral las denominadas prestaciones periódicas dejan de serlo, salvo las correspondientes a la prestación pensional o una sustitución pensional que pueden ser demandados en cualquier tiempo, aún después de culminado el vínculo laboral.»Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 13 de febrero de 2014, Radicación: 66001233100020110011701 (0798-2013), actor: Oliverio Aguirre Orozco.

prestación periódica a una unitaria, dado que se trata de un pago que debió hacerse luego de que finalizara la relación laboral[175].

iv) El artículo 3.10 de la Ley 923 de 2004 previó de manera expresa que «La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional serán las entidades responsables de las labores de administración de aportes, reconocimiento y pago de asignaciones de retiro y de sus sustituciones, así como de la inversión, manejo y control de los recursos correspondientes». Es de resaltar que en los antecedentes de la Ley 923 se indicó en relación con este punto que la redacción de este artículo tenía como finalidad «no dejar abierta la posibilidad de escogencia de la entidad encargada del reconocimiento y pago de las asignaciones de retiro, así como del manejo, administración e inversión de los recursos destinados para este fin, fijando claramente que será la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares o la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional la entidad encargada de esta función»[176].

231. En conclusión, 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.

8. Forma de liquidar la asignación de retiro de soldados profesionales. Interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004. Cómputo de la prima de antigüedad

232. Como se expuso en precedencia, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 estableció que la asignación de retiro para los soldados profesionales que se retiraran con 20 años de servicios y una vez transcurridos los 3 meses de alta, será liquidada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en suma equivalente «al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad», sin que pueda ser inferior a 1.2 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

233. Sobre este aspecto, CREMIL considera que del tenor literal de la norma se desprende que el salario debe adicionarse con el porcentaje de la prima de antigüedad, y sobre ese resultado calcular el 70%, así:

(Salario+ prima de antigüedad)* 70%=Asignación de Retiro

---

[175] En este sentido, concluyó la Sala: «[…] dentro de los actos que reconocen prestaciones periódicas, están comprendidos no sólo las decisiones que reconocen prestaciones sociales, sino también aquellos que reconocen prestaciones salariales que periódicamente sufragan al beneficiario, siempre y cuando la periodicidad en la retribución se encuentre vigente.» Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 8 de mayo de 2008, radicado interno 0932-07, de la misma forma se había pronunciado la misma Subsección en sentencias del 12 de octubre de 2006, radicado interno 4145-05 P3, y del 28 de junio de 2012, radicado interno 1352-10.

[176] Gaceta del Congreso Núm. 766 del 295 de noviembre de 2004. Página 5

234. Al respecto es importante señalar que según se informó en el Oficio radicado 20185000062391-DDJ del 14 de septiembre de 2018 proveniente de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para interpretar el contenido del artículo citado, CREMIL adoptó el Concepto núm. 2014-6000006331 del Departamento Administrativo de la Función Pública del 17 de enero de 2014, en el cual se indicó lo siguiente: «[l]a asignación de retiro de los soldados profesionales equivale al setenta por ciento (70%) de la suma de los dos factores determinantes: el primero, el salario mensual, lo que conforme al artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 equivale al valor de un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario, y segundo, el valor equivalente al treinta y ocho por ciento (38,5%) del valor de la prima de antigüedad correspondiente al respectivo soldado profesional», precisando que «al resultado de estos dos factores se le debe estimar el valor del setenta por ciento (70%), el cual finalmente constituye el valor que por concepto de asignación de retiro debe reconocerse al respectivo soldado profesional retirado del servicio».

235. Para la Sala, tal interpretación no corresponde a lo previsto por la aludida disposición, toda vez que al obtener el porcentaje del 70% sobre la sumatoria del salario mensual adicionado con el 38.5%, se estaría afectando indebidamente el porcentaje de la prima de antigüedad y el valor total de la asignación de retiro.

236. En efecto, al revisar el contenido de la norma se observa que la misma prevé que la asignación mensual de retiro será equivalente «al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad», lo que a juicio de esta corporación significa que el 70% afecta solamente el valor de la asignación salarial y no el de la prima de antigüedad, es decir,

(Salario mensual x 70%) + prima de antigüedad= Asignación de Retiro

237. Se observa entonces que el resultado que arrojan las hipótesis propuestas es distinto, pues en el segundo escenario se obtiene un valor mayor. De manera que la interpretación de la entidad conlleva un detrimento para el soldado que pasa a situación de retiro. En este sentido, considera la sala que calcular la prestación en el 70% de la asignación salarial sumada con el porcentaje de la prima de antigüedad es una interpretación que soporta una doble afectación de esta última partida, consecuencia que la ley no prevé y que va en perjuicio del derecho[177].

[177] Ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Primera, sentencia de 11 de diciembre de 2014, radicación: 11001031500020140229201(AC), actor: Omar Enrique Ortega Flórez; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 24 de febrero de 2015, radicación: 11010325000201404420 00 (AC), actor: Alfonso Castellanos Galvis; Sección Segunda, Subsección A, sentencia 29 de abril de 2015, radicación: 11001031500020150080100; posición reiterada en las siguientes providencias: Sección Segunda Subsección A, sentencia del 7 de abril de 2016, radicación:11001031500020150261501 (AC), actor: Tito Enrique Valbuena Ortiz; Sección Cuarta, sentencia del 11 de mayo de 2016, radicación: 1100103-150002016-00822-00(AC), actor: Jairo Mendoza Mendoza; Sección Quinta, sentencia del 7 de julio de 2016, radicación: 11001031500020160169500(AC), actor: José Antonio Cualla Sigua; Sección Primera, sentencia del 23 de junio de 2017, radicación: 11001031500020170105800(AC), actor: Edwing Guerrero Galvis; Sección Primera, sentencia del 14 de septiembre de 2017, radicación: 11001-03-15-000-2017-01527-00, actor: José Alirio Camargo Pérez.

238. Además, aunque de la literalidad de la norma no se evidenciara su correcta aplicación, en caso de duda sobre los conceptos que deben ser afectados con el porcentaje del 70%, lo propio sería optar por la interpretación más favorable al extremo débil de la relación laboral, que para el caso sería el soldado que pasa a situación de retiro tras 20 años de servicio. Así las cosas, en aplicación del principio de favorabilidad, lo procedente es elegir la segunda de las interpretaciones propuestas.

239. También resulta importante precisar que el 38.5% de la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula 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. En efecto, el artículo 13.2.2 del Decreto 4433 de 2004, al señalar como partida computable de la asignación de retiro la prima de antigüedad remite a los porcentajes previstos por el artículo 18 *ejusdem*, que en el numeral 18.3.7, dictamina que el valor del aporte a CREMIL sobre el factor bajo estudio sea liquidado sobre el 38.5%, a partir del año 11 de servicio.

240. Todo lo anterior lleva a concluir que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 debe interpretarse de la siguiente forma:

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

241. Adicionalmente, es menester precisar que conforme lo visto en precedencia el salario básico mensual que debe tenerse en cuenta para este cálculo, en el caso de quienes fueron soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como profesionales, será el equivalente a un salario mínimo adicionado en un 60%, por lo expuesto en el punto anterior.

9. Porcentaje de liquidación de la asignación de retiro de soldados profesionales. Aplicación de los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015

242. El 15 de mayo de 2015, el presidente de la República, en uso de las facultades que le confirió la Ley 923 de 2004 expidió el Decreto 991, por el cual se fijó la asignación de retiro «a un personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares».

243. El artículo 1 del aludido decreto establece que el monto de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales se fijará teniendo en cuenta la causal de retiro y el tiempo de servicio, en los siguientes términos:

> «Asignación de Retiro para el Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. Fíjese el régimen de asignación mensual de retiro para el personal de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, escalafonados con anterioridad al 31 de diciembre de 2004, los cuales

> tendrán derecho cuando sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional según el caso, por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, según corresponda, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por los quince (15) primeros años servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto, incrementando en un dos por ciento (2%) por cada año adicional después de los veinticuatro (24) años de servicio, sin que el total sobrepase el noventa y cinco (95%) de las partidas computables».

244. De conformidad con esta disposición, los oficiales y suboficiales que sean retirados tendrán derecho a una asignación de retiro equivalente al 50% del monto de las partidas de que trata el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, por los primeros 15 años de servicio y a que por cada año adicional se incremente la asignación en un 4% sin que el total de la asignación pueda sobrepasar el 85%. Por su parte, la norma señaló que luego de cumplidos 24 años de servicio el incremento será del 2% por cada año adicional de servicio, sin que pueda sobrepasarse del 95% de las partidas computables.

245. A su turno, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 reguló lo relacionado con la asignación de retiro de los soldados profesionales, estableciendo que quienes se retiren o sean retirados del servicio activo con 20 años de servicio, se les pagará una asignación equivalente al 70% del salario mensual indicado en el artículo 13 *ejusdem*, adicionado en un 38.5% de la prima de antigüedad.

246. Por lo anterior, los soldados profesionales están presentando acciones en las cuales solicitan que se reajuste su asignación de retiro teniendo en cuenta las reglas dispuestas en el artículo 1 del Decreto 991 de 2015, con el fin de que se pueda incrementar su asignación un 4% por cada año de servicio luego de cumplidos los 15 años de servicio y en un 2% después de los 20 años de servicio[178].

247. Así las cosas, es necesario definir si las reglas contempladas en el Decreto 991 de 2015 son aplicables para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, o si las diferencias en el porcentaje o monto de la prestación entre estos y los oficiales y suboficiales, se encuentran justificadas.

248. Para dilucidar el asunto, debe darse aplicación al análisis que se efectuó al momento de definir las partidas computables para la asignación de retiro, así

---

[178] Así lo informó la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en Oficio núm. 20185000062391-DDJ del 14 de septiembre de 2018 dirigido a la Presidencia de la Sección Segunda de esta Corporación.

como a la sentencia C-057 de 2010, por medio de la cual la Corte Constitucional declaró
exequible los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994[179] y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005[180], al concluir que la diferencia entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados se encontraba justificada por las siguientes razones:

i) Los sujetos pertenecen a grupos jurídicamente diferenciados que responden a una naturaleza funcional distinta. Los oficiales ejercen la conducción y mando; los suboficiales cumplen las funciones de apoyo de los oficiales y por su parte, los soldados ejecutan las decisiones de los comandantes.
ii) La jerarquía militar es un criterio objetivo para diferenciar a los distintos grupos de miembros de la Fuerza Pública.
iii) Las diferentes categorías se encuentran en situaciones de hecho disímiles, por lo que no puede predicarse vulneración del derecho a la igualdad.

249. Las consideraciones de la Corte se aplican en su integridad en el presente análisis, como quiera que, si bien el porcentaje de liquidación de la asignación de retiro es diferente para los oficiales y suboficiales y para los soldados profesionales, también lo es que estos no se encuentran en la misma situación de hecho, por lo que no puede exigirse que las prestaciones de los dos grupos de militares se regulen en las mismas condiciones, porcentajes o montos. Ello toda vez que: i) pertenecen a diferentes categorías dentro de la jerarquía militar, distinción que por demás es constitucionalmente válida y ii) los porcentajes y partidas sobre las cuales realizan cotizaciones son diferentes.

250. En efecto, en relación con las cotizaciones que cada uno de los grupos de militares realiza, el siguiente cuadro permite demostrar las diferencias en los porcentajes y las partidas:

Artículo 17. Aportes de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.	**Artículo 18. Aportes de soldados profesionales de las Fuerzas Militares**.
Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, aportarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares: 17.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer sueldo básico, como aporte de afiliación. 17.2 **Sobre las partidas contempladas en el artículo 13 del presente decreto, en lo correspondiente a cada caso[181]**,	Los Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, **aportarán** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares: 18.1 Un treinta y cinco por ciento (35%) del primer salario mensual, como aporte de afiliación. 18.2 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los

[179] Por el cual se modifica la caja de vivienda militar y se dictan otras disposiciones.
[180] Por la cual se modifica el Decreto-ley 353 del 11 de febrero de 1994 y se dictan otras disposiciones.
[181] Las partidas contempladas en el artículo 13 para el caso de los oficiales y suboficiales son las siguientes: «13.1.1 Sueldo básico.
13.1.2 Prima de actividad.
13.1.3 Prima de antigüedad.
13.1.4 Prima de estado mayor.
13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6o del presente Decreto.
13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

un aporte mensual del cuatro punto setenta y cinco por ciento (4.75%), porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1o de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%). 17.3 El monto del aumento de sus haberes, equivalente a los siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento.	siguientes diez (10) días a la fecha en que se cause dicho aumento. 18.3 **Sobre el salario mensual y la prima de antigüedad**, un aporte mensual del cuatro punto cinco por ciento (4.5%) hasta el 31 de diciembre de 2004, porcentaje que se incrementará en cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1.° de enero de 2005 y, adicionalmente, otro cero punto veinticinco por ciento (0.25%) a partir del 1.° de enero de 2006, para quedar a partir de dicha fecha en el cinco por ciento (5%). El aporte sobre la prima de antigüedad fijado en el presente numeral se liquidará sobre los porcentajes que se señalan a continuación de acuerdo con el tiempo de servicio así: 18.3.1 Ciento por ciento (100%) durante los primeros cinco (5) años. 18.3.2 Ochenta y seis punto tres por ciento (86.3%) durante el sexto (6) año. 18.3.3 Sesenta y nueve punto uno por ciento (69.1%), durante el séptimo (7) año. 18.3.4 Cincuenta y siete punto seis por ciento (57.6%), durante el octavo (8) año. 18.3.5 Cuarenta y nueve punto tres por ciento (49.3%) durante el noveno (9) año. 18.3.6 Cuarenta y tres punto dos por ciento (43.2%) durante el décimo (10) año. 18.3.7 El treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) a partir del año once (11) de servicio y, en adelante.

251. Así las cosas, es plausible concluir que no se presenta una vulneración del derecho a la igualdad al fijar unos porcentajes de liquidación de la asignación de retiro diferentes para los soldados profesionales de los que rigen para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

252. En conclusión: 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.

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

10. Reglas de unificación

253. De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en el tema puesto a consideración:

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%[182] para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000[183] 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:

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro».
[182] Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.
[183] El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

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 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. 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.

6. 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.

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.

11. Efectos en el tiempo de las sentencias de unificación. Precedente y su vinculatoriedad.

254. La importancia del precedente en el ordenamiento jurídico colombiano cobra cada día más trascendencia, sobre todo en vigencia de las Leyes 1437 de 2011 y 1564 de 2012. Si bien se trata de una figura más propia del *Common Law* que de ordenamientos jurídicos de tradición romano-germana el precedente ha ido consolidándose en el sistema de fuentes e incluso lo ha transformado.

255. En ese sentido, la función unificadora del Consejo de Estado otorga efectos relevantes y reconoce el carácter vinculante a la jurisprudencia de unificación dentro de la estructura normativa.[184] Estas decisiones se constituyen en norma nueva que pasa a integrar el ordenamiento jurídico, ya que se ocupa de la interpretación de la ley formalmente considerada **con miras a su aplicación obligatoria o vinculante.** Así las cosas, la función de expedirlas y sus efectos legales,[185] se convierten en su propia «regla de reconocimiento».[186]

256. Lo anterior, no implica desconocer la prevalencia de la ley[187] en su categoría de fuente principal de las decisiones judiciales (artículo 230 de la Constitución Política). Al contrario, esta opción fue adoptada por el legislador quien le otorgó a la jurisprudencia la categoría de fuente del derecho,[188] creadora de norma integrante del ordenamiento jurídico. Sobre este particular, la Corte Constitucional precisó lo siguiente:

> «[…] 11. **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.[189] **Esta interpretación, cuando es realizada por**

[184] Sentencia citada del 27-07-2017, Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00060-00.
[185] Ver los artículos 10, 102, 258, 269 y 273 del CPACA.
[186] A través de la regla de reconocimiento de las razones, el individuo que aplica una norma tiene una razón de primer orden para hacerlo. En este caso específico, esta razón es el nuevo orden jurídico que le otorga carácter vinculante a este tipo de sentencias, cuyo desconocimiento acarrea consecuencias legales. Al respecto, Rolanto Tamayo y Salmorán señalan que «[…] Las normas pueden ser "convertidas" en razones (como cualquier cosa) si satisfacen la regla de reconocimiento de razones, esto es si son "convertidas" en razones por ***A*** [el agente]. […]» . Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrinaria Jurídica. Núm. 121. 2003. página 204. Recuperado de https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/757/12.pdf el 27 de octubre de 2017.
[187] Entendida como todo acto de carácter general y obligatorio, dictada por los órganos estatales a los que el ordenamiento jurídicos les otorga carácter legislativo. Ver Garrido Falla, F., Tratado de Derecho Administrativo T. I., Madrid 1958. P. 218 y Sayagués Laso, Tratado de Derecho Administrativo, T. I. Montevideo 1953, p. 428. Ambos citados por Díez, Manuel María. Derecho Administrativo T. I. Buenos Aires. Plus Ultra. 1972-2014 página 399.
[188] Orozco Muñoz, Martín, en «La Creación Judicial del Derecho y el Precedente Vinculante» define las fuentes del derecho como «[…] actos, hechos o valores con vocación normativa establecidos por un determinado sistema como elementos de los que derivan las normas jurídicas, siendo éstas, por tanto, un productor o resultado *derivado* de las fuentes. […]» *Aranzadi. Thomson Reuters, The Gloval Law Collection Legal Studies* Series. 2011. P. 27.
[189] Esta conclusión es evidente, incluso desde el positivismo jurídico, que para el caso colombiano es recurrentemente asimilado, de manera errónea, al formalismo o a la exégesis. Así, en términos de Hans Kelsen, *"… el tribunal hace algo más que declarar o constatar el Derecho y contenido en la ley, en la norma general. Por el contrario, la función de la jurisdicción es más bien constitutiva: es creación de Derecho, en el sentido auténtico de la palabra. Pues la sentencia judicial crea por completo una nueva relación: determina que existe un hecho concreto, señala la consecuencia jurídica que debe enlazarse a él, y verifica en concreto dicho enlace. Así como los dos hechos –condición y consecuencia- van unidos por la ley en el dominio de lo general, tienen que ir enlazados en el ámbito individual por las sentencias judicial es norma jurídica individual: individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta, continuación del proceso de creación*

autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante.»[190]

257. En reciente providencia, la misma alta corporación refirió al respecto que:

> «[…] Si bien se ha dicho que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, es claro que en su labor no se limitan a una mera aplicación mecánica de esta última, sino que realizan un ejercicio permanente de interpretación del ordenamiento jurídico que implica esencial-mente(sic) la determinación de cuál es la regla de derecho aplicable al caso y los efectos que de ella se derivan. Incluso se ha entendido que los jueces desarrollan un complejo proceso de creación e integración del derecho que trasciende la clásica tarea de la subsunción y elaboración de silogismos jurídicos. Precisamente, la actividad judicial supone la realización de un determinado grado de abstracción o de concreción de las disposiciones previstas en el ordenamiento jurídico, para darle integridad al conjunto del sistema normativo y atribuirle, a manera de *subregla*, a los textos previstos en la Constitución o en la ley un significado coherente, concreto y útil. […]»[191]

258. Este razonamiento no es nuevo, puesto que desde la Sentencia C-486 de 1993 la Corte Constitucional ya avalaba esta interpretación del concepto «ley» contenido en primer inciso del artículo 230 constitucional. Veamos:

> «[…] Podría continuarse la enumeración de consecuencias irrazonables que se derivarían de dar curso favorable a la tesis formulada. Sin embargo, las esbozadas son suficientes para concluir que el cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, el cual no se compone de una norma aislada - la "ley" captada en su acepción puramente formal - sino que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas. El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra "ley" que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C.P. necesariamente designe "ordenamiento jurídico". En este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones "Marco Jurídico" (Preámbulo) y "orden jurídico (Cart. 16). […]»

259. Como se observa la categoría normativa de la jurisprudencia se explica porque cuando un órgano judicial dicta sentencia «[…] no juega un papel pasivo, no es una máquina de subsunciones. […] la sentencia que declara ser dado el hecho legal en el caso concreto, y falla que debe aplicarse la consecuencia jurídica concreta, no es otra cosa que una norma jurídica individual, la individualización o concreción de normas generales o abstractas […]».[192] Por ello,

---

jurídica, de lo general en lo individual; sólo el prejuicio según el cual todo Derecho se agota en la norma general, sólo la errónea identificación del Derecho con ley pueden obscurecer una idea tan evidente. Vid. KELSEN, Hans. (2009) *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho.* Editorial Reus. Zaragoza, pp. 69-70.

[190] Corte Constitucional sentencia C- 634 de 2011.

[191] Corte Constitucional sentencia C-179 de 2016.

[192] Díez, Manuel María. Derecho Administrativo T. I. Buenos Aires. Plus Ultra. 1972-2014 página 502.

la aplicación de esa norma jurídica individual a nuevos casos, convierte a la jurisprudencia en «fuente viva del derecho».[193]

260. Así las cosas, el juez, al interpretar un texto o fuente normativa, determina el significado general del mismo para resolver la pretensión enjuiciada a través de una decisión concreta en relación con un objeto o unos sujetos específicos, sin que por esto deje de ser norma general vinculante para casos posteriores[194] ya que la premisa normativa extraída de la interpretación realizada, adquiere la condición de «norma universal» con proyección hacia el futuro.[195]

261. Esta categorización no significa que el juez se convierta en un legislador originario e invada la órbita del órgano constitucionalmente establecido para crear las leyes. Se niega esta calidad, porque la labor «creativa-normativa» del juez no es libre, sino que se encuentra limitada o condicionada por el propio sistema de fuentes que rige en el ordenamiento jurídico «[…] al que, precisamente, dicha actividad judicial se encamina a depurar, integrar e interpretar; lo que determina que en la depuración, integración e interpretación de las fuentes del Derecho, los jueces encuentren delimitados o circunscritos por tal sistema de fuentes […]».[196]

262. Este reconocimiento normativo de la jurisprudencia y su influencia sobre otro tipo de decisiones judiciales se enmarca en el nuevo enfoque del Estado Constitucional de Derecho, con el cual se superan las concepciones tradicionales que limitaban el papel del juez respecto de la aplicación e interpretación de la ley,[197] basadas en el principio de separación de poderes que imperó en época de la revolución francesa y que originó la escuela de la exégesis, que no concebían al juez como creador del derecho. Esta nueva concepción, aceptada incluso por Kelsen,[198] es la que origina la vinculatoriedad del precedente para la decisión de nuevos casos con patrones fácticos y jurídicos similares.

263. La Corte Constitucional en sentencia C-816 de 2011, estableció con claridad que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe

---

[193] Díez, Manuel María, refiere que la historia de un pueblo se refleja mejor en la jurisprudencia que en los textos legales. Lo anterior, en la obra citada T. I., p. 504 en la cual cita a Vid. *Pacchioni, "I potere creativi della giurisprudenza" en Rivista di Diritto Commerciale,* Roma, 1912, t. I, p. 40, quien hace alusión a Luder, J. A., («El estudio crítico de la jurisprudencia», en La Ley, t. 46, p. 1044).
[194] Orozco Muñoz, Martín, obra citada, 2011. P. 32.
[195] Aguiló Regla, J. Teoría General de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico), Ariel, 2000. pp. 110-111, citado por Orozco Muñoz, Martín, obra citada, 2011. P. 32.
[196] Orozco Muñoz, Martín, obra citada, 2011. P. 152.
[197] Entre cuyos expositores la Corte Constitucional menciona en la sentencia C-820 de 2006 a Juan Jacobo *Rousseau* (El Contrato Social. Libro II, capítulos VI y VII. Editorial Porrúa, S.A. México. 1992. Páginas 19 a 24), Montesquieu (Del Espíritu de las Leyes. Traducción de Nicolás Estévanez. Editorial Claridad. Buenos Aires. 1971. Páginas 187 y siguientes) y Cesare *Beccaria*. (De los Delitos y de las Penas. Editorial Temis. Bogotá. Tercera Edición. 2000. Página 13).
[198] Hans Kelsen habló de las «normas generales creadas por actos judiciales», «función legislativa del poder judicial» y que la decisión del tribunal «en un caso concreto, se convierte en precedente para la resolución de otros similares» en cuyo caso, el tribunal «crea, mediante su decisión, una norma general que se encuentra en el mismo nivel de las leyes que proceden del llamado órgano legislativo» Teoría General del Derecho y del Estado, traducción de Eduardo García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, páginas 157 y, 177 y 322 citadas por Orozco Muñoz, Martín, obra citada, 2011. P. 31.

y seguridad jurídica contenidos en los artículos 13 y 83 de la Carta Política.[199] Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio.

264. Efectivamente, tal como lo indica la jurisprudencia constitucional, la garantía del derecho a la igualdad en el ámbito judicial se materializa a través de la coherencia de las decisiones judiciales. Para tal efecto, los jueces deben resolver los casos nuevos en la misma forma en que se han resuelto otros anteriores que presentaban un patrón fáctico y jurídico similar al nuevo proceso. De esta forma, los funcionarios judiciales quedan sujetos tanto al propio precedente -*horizontal*-, como al fijado por sus superiores funcionales -*vertical*-.[200]

265. En relación con este último precedente, la doctrina internacional,[201] lo sub clasifica en dos vertientes: **a)** por supremacía y **b)** por jerarquía. El primero que emana de los órganos configurados como intérpretes supremos de un determinado ordenamiento o disposición normativa, y que está dotado de supremacía o prevalencia sobre los restantes órganos jurisdiccionales, en el caso colombiano se asimila a las sentencias de unificación, como se expuso en precedencia. El segundo, «por jerarquía», que proviene de los órganos superiores en la estructura judicial y se impone sobre los jueces de inferior jerarquía, valga decir, el que dictan los tribunales administrativos respecto de lo que deben decidir los jueces en el mismo distrito, o que dicta el Consejo de Estado frente a los tribunales y jueces administrativos del país.

266. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha vinculado la noción de precedente con la existencia de un caso análogo, en los siguientes términos: «Para que un caso sea análogo a otro, es necesario acreditar que existe una semejanza entre los hechos del primero y los hechos del segundo, en virtud de que ambos comparten las mismas propiedades relevantes esenciales lo cual permite aplicar la misma consecuencia jurídica en ambos casos».[202]

267. A su turno, la Corte Constitucional ha sostenido que el precedente jurisprudencial aparece como un mecanismo realizador de la igualdad jurídica «pues los ciudadanos pueden contar con que el derecho ya reconocido a una

---

[199] La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98.
En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[…] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativos (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). […]»
[200] SU-050-2017. Ver también sentencia T-123 de 1995. Respecto de estos precedentes, en Sentencia C-179 de 2016 explicó la alta corporación que «[…] mientras el *precedente horizontal* supone que, en principio, un juez –individual o colegiado– no puede separarse de la *ratio* que ha fijado en sus propias sentencias al momento de resolver casos con idénticas características; el *precedente vertical* implica que, como regla general, los jueces no pueden apartarse de la regla de derecho dictada por las autoridades superiores en cada jurisdicción, como previamente se dijo, encargadas de unificar la jurisprudencia. […]»
[201] Orozco Muñoz, Martín, obra citada, 2011. P. 207
[202] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castañeda Gutman contra México, sentencia del 6 de agosto de 2008, Serie C Núm. 184 párrafo 170.

persona habrá de serle reconocido a otra u otras que se hallaren en la misma situación fáctica y jurídica inicialmente decidida»[203]. Así mismo, en la sentencia C-634 de 2011, la Corte precisó que la fuerza vinculante de la jurisprudencia de unificación de los órganos de cierre, proviene de los siguientes principios del Estado Social de Derecho, deseables de los sistemas jurídicos en los estados democráticos:[204]

268. Igualdad. Obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar la igualdad de trato (art. 13 CP.), es decir, que los casos iguales deben ser resueltos en forma semejante a como se resolvieron casos anteriores,[205] salvo que existan motivos razonables para apartarse del precedente.[206]

269. Buena fe (art. 83 CP), entendido como la confianza legítima[207] en el respeto del acto propio[208] de las autoridades judiciales, a las cuales, «[…] les están vedadas -salvo en los casos y previa satisfacción de las exigencias y cargas a las cuales se hará referencia más adelante- actuaciones que desconozcan la máxima latina *venire contra factum proprium non valet*; desde este punto de vista, el derecho de acceso a la administración de justicia implica también la garantía de la confianza legítima en la actividad del Estado como administrador de justicia […]».[209]

270. Seguridad jurídica[210] del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos[211] o de coherencia de las decisiones judiciales[212] y

---

[203] Corte Constitucional sentencia C-811 de 2011.
[204] Corte Constitucional sentencia C- 634 de 2011.
[205] Orozco Muñoz, Martín, obra citada, 2011. P. 232
[206] La sujeción del juez al ordenamiento jurídico le impone el deber de tratar explícitamente casos iguales de la misma manera, y los casos diferentes de manera distinta. Sentencia C-836 de 2001, Corte Constitucional.
[207] La Corte Constitucional ha definido el principio de la confianza legítima de la siguiente manera: «[…]Este principio pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. […]» Sentencia C-478/98.
[208] En relación con la teoría del acto propio, es importante señalar que la misma tiene su origen en el principio general del derecho «*Venire contra pactum proprium nellí conceditur*», en virtud del cual es inadmisible actuar contra los actos propios hechos con anterioridad, en razón de la confianza despertada en otro sujeto de buena fe con ocasión de una primera conducta realizada. Su sustento normativo se encuentra en el artículo 83 de la Carta Política que contempla el principio de buena fe. La Corte Constitucional se ha referido a la prohibición de venirse contra el acto propio de la administración en sentencias T-475/92, T-578/94, entre otras.
[209] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Bogotá, 04-03-2008, Radicación número: 25000-23-26-000-1999-02724-01(31120), Actor: Red de Solidaridad Social, Demandado: Aseguradora de Fianzas S.A.-CONFIANZA-
[210] Este principio propugna por la identidad de interpretación en pronunciamientos frente a un mismo tema. Ver Sentencia citada del 27-07-2017, Radicación: 11001-03-28-000-2016-00060-00. Chamberlain, citado por la Corte Constitucional en sentencia C-335 de 2008, sostiene que el respeto por los precedentes se funda en un tríptico: protección de las expectativas patrimoniales, seguridad jurídica y necesidad de uniformidad de los fallos. Sin embargo, la alta corte refiere que, en últimas, «[…] todas ellas se subsumen tanto en el principio de seguridad jurídica como en aquel de igualdad: casos iguales deben ser resueltos de la misma forma […]».
[211] Véanse, entre otras, las Sentencias C-836 de 2001, C-335 de 2008, C-539 de 2011, C-816 de 2011 y C-588 de 2012.
[212] Todo tribunal debe ser consistente con sus decisiones previas, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles (Sentencia SU-047 de 1999 Corte Constitucional).

«[…] por la necesidad de realizar lo que la doctrina denomina la regla de la universalidad […]».[213]

271. Este principio aplica también en favor de la propia administración pública en la medida en que los operadores jurídicos, cuando planifican su actuación con relevancia jurídica, «[…] confían en que sus actos van a ser regidos y juzgados bajo el mismo parámetro de la misma norma jurídica (una misma fuente y una misma interpretación de dicha fuente), que para actos y hechos semejantes, ha sido derivada por la jurisprudencia o por precedentes en casos anteriores semejantes. […]».[214]

272. Interdicción de la arbitrariedad y la garantía de la imparcialidad y objetividad. En la medida en que, si el juez se encuentra motivado a decidir con base en reglas normativas derivadas del precedente, pese a que en un momento dado se aparte fundadamente de este, ello permite que el ciudadano y la administración sujetos a su juicio, confíen plenamente en que aquel lo hizo dentro del marco jurídico vigente y no movido por sus propias e irracionales convicciones, o por la calidad de alguno o algunos de los sujetos que intervienen en el proceso.

273. Así las cosas, uno de los aspectos más importantes del precedente es su efecto vinculante, toda vez que a través de este se materializan los derechos constitucionales de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima.

274. Por otra parte, en la teoría del discurso de Alexy, el fundamento del valor del precedente radica en el principio de universalidad (*Universalisierbarkeitsprinzip*), el cual a su vez tiene sus orígenes en el *stare decisis* expresión que viene del latin «*stare decisis et non quieta movere*»[215]. El mismo tratadista ha definido el principio de universalidad de la siguiente manera: $(x)Fx \rightarrow Orx$, es decir, una norma según la cual para toda situación similar a F se dará la consecuencia OR.

275. En tal virtud, y para efectos del cambio de precedente, Alexy planteó la regla de «la carga de argumentación» (*Argumentationslastrege*l)[216], según la cual quien quiera apartarse de un precedente está obligado a justificar sus razones. Ello a fin de garantizar los principios constitucionales fundamentales de igualdad de trato ante las autoridades y seguridad jurídica.

276. La regla de universalidad contenida en la decisión es esencial en materia de vinculatoriedad del precedente, pues a través de ella, se garantizan los principios de certeza, seguridad y objetividad, y se limita la arbitrariedad de la decisión judicial, toda vez que se asegura que los jueces decidan casos similares de

---

[213] Sentencia C-179 de 2016. Además, en la Sentencia T-775 de 2014, , se expuso que «[…] la regla de la universalidad implica que la decisión del juez debe estar fundada no en criterios coyunturales o *ad-hoc*, sino en principios generales que hayan sido formulados o tenidos en cuenta para la resolución de casos anteriores o se construyan para fallar un supuesto específico, pero con la posibilidad de poder aplicarlo a una hipótesis semejante en el futuro […]» .

[214] Orozco Muñoz, Martín, obra citada, 2011. P. 231

[215] Estar a lo decidido y no perturbar a lo establecido.

[216] *Robert Alexy* «Teoría de la Argumentación Jurídica, la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica», Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 335.

manera similar a como se resolvieron en el pasado. En ese sentido, para Aarnio «los tribunales tienen que comportarse de manera tal que los ciudadanos puedan planificar su propia actividad sobre bases racionales»[217].

12. Efectos en el tiempo de las reglas de unificación

277. Previamente a definir los efectos en el tiempo de las reglas de unificación previstas en esta sentencia, es necesario hacer las siguientes precisiones:

278. El efecto retroactivo o retrospectivo implica «la aplicación del nuevo criterio al caso actual enjuiciado y a cualquier otro caso que haya de ser resuelto con posterioridad donde resultara aplicable la misma fuente del Derecho seleccionada o interpretada con el nuevo criterio jurisprudencial»[218].

279. Por su parte, en el **efecto prospectivo** el caso actual enjuiciado debe ser resuelto conforme al antiguo criterio jurisprudencial «anunciándose en la misma sentencia el nuevo criterio jurisprudencial, que sólo sería aplicable para casos posteriores, variando, no obstante los criterios para la aplicación de la nueva doctrina, ya que puede circunscribirse a cualquier caso que se resuelva con posterioridad a la emanación de la sentencia, o solo a los hechos enjuiciados en procesos que se inicien con posterioridad a la sentencia, o solo a los hechos que se produzcan con posterioridad a la sentencia»[219].

280. En ese sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, ha seguido el criterio de la *retrospective overrulling*, con base fundamentalmente en los siguientes argumentos: «la interpretación dada por el Tribunal a un determinado precepto comunitario tiene efectos retroactivos a la fecha de entrada en vigor del precepto interpretado, lo que permite la invocación del nuevo criterio interpretativo a cualquier proceso en que resulte aplicable la disposición interpretada, abstracción hecha de la fecha de iniciación del proceso o de producción de los hechos enjuiciados»[220]. Lo anterior, sin perjuicio de que en la misma sentencia el TJUE pueda establecer con carácter excepcional limitaciones a tales efectos, por virtud de motivos de seguridad jurídica y buena fe y el riesgo de trastornos graves.

281. Por su parte, en los países del *Common Law* «existe una general reticencia al *prospective overrulling*[221]*,* aplicándose, con carácter general, el efecto retrospectivo *-regular retroaction*»[222]. Como excepción a la regla, en Estados Unidos, la Corte Suprema de Justicia ha admitido que como la Constitución no

---

[217] *Aulis Aarnio*, «Lo racional como razonable», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 126.
[218] Martín Orozco Muñoz. «La creación judicial del derecho y el precedente vinculante». Editorial Aranzadi, 2011. P. 248
[219] *Ibidem.*
[220] *Ibidem*.
[221] Sobre estado de la cuestión en Inglaterra, Australia, Nueva Zelanda y Canadá, ver Juratovich, B, 2008, pp 200-208
[222] Martín Orozco Muñoz. «La creación judicial del derecho y el precedente vinculante». Editorial Aranzadi, 2011. P. 257

prohíbe ni impone el *prospective overruling*, el Tribunal Supremo puede considerar, según las circunstancias del caso, la procedencia o no del efecto prospectivo.

282. A su turno, la Sala Plena del Consejo de Estado ha indicado que por regla general el cambio jurisprudencial tiene efectos retroactivos, esto es, se aplica tanto al caso *sub judice* como a los casos pendientes de decisión en vía judicial y administrativa. Tan solo al analizar el caso de la acción procedente para reclamar el pago de la sanción moratoria de las cesantías, la Sala Plena de esta Corporación consideró que la regla jurisprudencial allí definida debía tener efectos hacia el futuro, por cuanto restringía el derecho a la administración de justicia. En dicha providencia se indicó lo siguiente[223]:

> «Como fue reseñado, en ocasiones anteriores se ha acudido ante esta jurisdicción, mediante la acción de reparación directa, con el fin de obtener el pago de la indemnización moratoria ante la falta de pago oportuno de las cesantías definitivas, prevista en la Ley 244 de 1995, instrumento que ahora se considera improcedente.
>
> Sin embargo, por razones de seguridad jurídica y por respeto al derecho de acceso a la administración de justicia, los procesos emprendidos a través de la acción de reparación directa, que no requiere agotamiento de la vía gubernativa, deben continuar con el trámite iniciado hasta su culminación, conforme a las tesis jurisprudenciales correspondientes. Por lo tanto la presente sentencia ha de ser criterio jurisprudencial a partir de su ejecutoria».

283. Así mismo, las diferentes Salas de esta Corporación han dado aplicación al cambio jurisprudencial de forma retroactiva. Y solo en algunos casos, se determinó que la nueva regla aplicaba hacia el futuro, de manera que los casos anteriores debían definirse por los criterios vigentes. Estos son entre otros: i) en materia de comparecencia al proceso por parte de la Fiscalía General de la Nación a través del director ejecutivo de administración judicial o de la propia fiscalía[224]; ii) la definición del extremo temporal inicial de la incompatibilidad prevista, para alcaldes y gobernadores, en los artículos 31.7 y 32 y.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, el alcance de la aplicación de los principios *pro homine* y *pro electoratem* en materia electoral y los efectos de la declaratoria de nulidades electorales por vicios subjetivos[225].

284. Así las cosas, se concluye que la regla general es la retrospectividad o retroactividad de la jurisprudencia (*retrospective overruling, adjudicative retroactivity*) y que la excepción es la prospectividad (*prospective overruling*). Esta última hipótesis presupone la aplicación de un juicio de ponderación, que permita determinar cuál es la decisión que más efectiviza los principios constitucionales.

---

[223] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de unificación de 27 de marzo de 2007 (IJ). Rad. 76001-23-31-0002000-02513-01.
[224] Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Auto del 25 de septiembre de 2013. Radicación: 25000-23-26-000-1997-05033-01(20420).
[225] Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 7 de junio de 2016. Rad. 11001-03-28-000-2015-00051-00 (2015-00051).

285. Pues bien, con el fin de precisar cuándo es procedente acoger las razones del caso «*Desist v. United States*[226], donde la Corte recuerda que desde "*Linkletter*", quedó establecido que la Constitución no prohíbe ni exige el efecto retroactivo para decisiones que contengan nuevas reglas constitucionales en materia de juicios criminales, siempre ha considerado la retroactividad o irretroactividad de tales decisiones en función de tres factores, "recientemente reseñados en *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293", que importan tener en cuenta: a) el fin al cual sirven los nuevos *standards*, b) el grado de confianza sobre los viejos *standards*, y c) el efecto sobre la administración de justicia de la aplicación retroactiva de los nuevos standards»[227].

286. Por su parte, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B[228], al analizar el tema, consideró que «la nueva regla jurisprudencial resultante del ejercicio argumentativo reforzado que requiere el cambio de un precedente debería aplicarse de manera inmediata[229], salvo que dicha aplicación afecte de modo tal el derecho a la igualdad, el debido proceso, a la defensa o principios como el de la seguridad jurídica u otros consagrados por el mismo ordenamiento, que el costo resulte abiertamente desproporcionado en relación con las razones que justificaron el cambio, caso en el cual sería necesario optar por fijarle efectos prospectivos que, establecidos para cada situación, eviten las consecuencias indeseables desde el punto de vista jurídico». Dentro de los eventos en los cuales se planteó la posibilidad de aplicar el precedente de manera retrospectiva se encuentran los siguientes: i) cuando se restringa el derecho de acceso a la administración de justicia; ii) cuando las partes en un litigio hayan fundado sus pretensiones o defensa, según el caso, única y exclusivamente en el precedente vigente al momento de su actuación ante la jurisdicción; iii) cuando lo bien fundado de dicho precedente no haya sido cuestionado en el trámite del proceso; y iv) cuando el cambio opere en un estadio procesal en el que resulte imposible reconducir las pretensiones o replantear la defensa pues, en esas circunstancias, la aplicación de la nueva regla jurisprudencial no sólo sorprendería a las partes sino que, *de facto* y sin posibilidades de reformular los términos del litigio, dejaría sin sustento la posición jurídica defendida por una de ellas.

287. Ahora bien, en el *sub examine,* es importante anotar que la tesis aquí expuesta no implica un cambio de jurisprudencia. Por el contrario, se trata de materias sobre las cuales se está sentando jurisprudencia y, adicionalmente, no se observa que con las reglas acá establecidas se esté restringiendo el acceso a la administración de justicia, o se configure alguna de las hipótesis referidas anteriormente, por lo que no se advierte la necesidad de dar efectos prospectivos al precedente que constituye esta decisión.

---

[226] 394 U. S. 244 (1969). Citada por Eduardo Sodero. «Sobre el cambio de los precedentes».
[227] Eduardo Sodero. «Sobre el cambio de los precedentes», Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, en http://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-el-cambio-de-los-precedentes-0/.
[228] Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Rad. 08001233300020130044-01. Auto del 25 de septiembre de 2017.
[229] Esto es de manera retroactiva.

288. Por lo anterior, se considera que las reglas de unificación contenidas en esta sentencia deben aplicarse de manera retroactiva a todos los casos pendientes de discusión tanto en vía administrativa como en vía judicial.

289. De igual manera, debe precisarse que aquellos respecto de los cuales ya ha operado la cosa juzgada, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables. Así mismo, como esta sentencia no es constitutiva de derecho, las reclamaciones que se hagan con fundamento en ella quedarán sujetas a las reglas de prescripción.

13. Análisis de la Sala del caso particular

13.1. Problemas jurídicos

290. Los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿Cuál es el salario base de liquidación que debe tenerse en cuenta para el reconocimiento de la asignación de retiro del señor Julio Cesar Benavides Borja?

2. ¿Debe incluirse dentro de la asignación de retiro del demandante, el subsidio familiar como partida computable?

3. ¿CREMIL aplicó debidamente el 70% previsto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 para la liquidación de la asignación de retiro del demandante?

13.2. Análisis del caso concreto

291. A fin de resolver el caso *sub examine*, se procederá a revisar lo probado para luego aplicar las reglas de unificación definidas en esta sentencia.

292. En el presente caso se acreditó lo siguiente:

- El señor Julio César Benavides Borja ingresó al Ejército Nacional el día 2 de mayo de 1991 en condición de soldado regular[230].

[230] En ese sentido, obra certificación expedida por la Dirección de Personal del Ejército Nacional obrante en el folio 11 del cuaderno de pruebas.

- Al terminar su servicio militar, fue vinculado como soldado voluntario del Ejército Nacional a partir del día 18 de noviembre de 1992[231] y desde el 1.º de noviembre de 2003[232] pasó a ser soldado profesional, categoría militar en la cual se mantuvo hasta la fecha de su retiro.

- El demandante prestó sus servicios al Ejército Nacional durante más de veinte años, por lo cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció su asignación de retiro a través de la Resolución 3410 del 13 de julio de 2011[233].

- La asignación de retiro fue reconocida a partir del 30 de agosto de 2011, con los siguientes porcentajes y partidas computables[234]:

  AÑO 2011

SUELDO BÁSICO	749.840
PRIMA DE ANTIGÜEDAD (38.5%)	288.688
TOTAL	1.038.528
PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN (70%):	
ASIGNACIÒN DE RETIRO	**726.970**

- Igualmente, se aportaron copias de los haberes devengados por el señor Julio Cesar Benavides Borja durante su tiempo de servicios en el Ejército Nacional[235].

- El 12 de marzo de 2012, el señor Benavides Borja solicitó a CREMIL el reajuste de su asignación de retiro[236], el cual fue resuelto negativamente por la entidad a través del Oficio 16898 del 16 de abril de 2012[237], al considerar que su asignación de retiro se liquidó en los términos señalados en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y con las partidas computables a que había lugar.

- Contra dicha decisión, el señor Benavides Borja interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación[238], los cuales fueron negados por la entidad demandada a través de Oficio 27950 del 7 de junio de 2012[239].

13.3. Primer problema jurídico: Salario base para la liquidación

---

[231] Ejusdem.
[232] Ejusdem.
[233] Folios 2-4 del cuaderno principal.
[234] Folio 184 del cuaderno de pruebas.
[235] Folio 12 a 185 del cuaderno de pruebas.
[236] Folios 6-13 del cuaderno principal.
[237] Folios 14-15 del cuaderno principal.
[238] Folios 16-18 del cuaderno principal.

293. Con base en las pruebas allegadas, se observa que el señor Benavides Borja se encuentra dentro de la hipótesis contenida en la regla 4.1 fijada en esta providencia, esto es, 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%. Ello por cuanto, para el 31 de diciembre de 2000 el señor Benavides Borja se encontraba vinculado al Ejército en condición de soldado voluntario, e igualmente que desde el 1.º de noviembre de 2003 se incorporó como soldado profesional, categoría militar en la cual permaneció hasta el momento de su retiro del servicio.

294. En conclusión, la asignación de retiro del demandante debe liquidarse teniendo en cuenta 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.

13.4. Segundo problema jurídico: Subsidio familiar

295. En el caso del demandante y toda vez que cumplió los requisitos para la asignación de retiro y se retiró del servicio sin entrar en vigencia los Decretos 1161 y 1162 de 2014, estaríamos en la hipótesis contemplada en la regla 3 fijada en esta sentencia, según la cual, para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no podrá ser tenido en cuenta como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, por lo cual hay lugar a revocar la decisión del *A quo*, que ordenó a CREMIL liquidar la prestación del demandante con inclusión de este emolumento.

296. En lo que respecta a este punto es importante señalar igualmente que no es dable aplicar la excepción de inconstitucionalidad en relación con el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, dado que como se explicó en precedencia, el no incluir el subsidio familiar como partida computable para el caso de los soldados profesionales no vulnera su derecho a la igualdad.

297. En conclusión, el subsidio familiar no puede ser incluido como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro del demandante.

13.3. Tercer problema jurídico: Partidas sobre las cuáles debe aplicarse el 70% previsto en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

---

[239] Folios 19-20 del cuaderno principal.

298. De conformidad con la regla 5 definida en esta providencia, el 70% de que trata el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 debe aplicarse solamente sobre la asignación salarial mensual del demandante.

299. En el *sub judice* se verificó que, para el cálculo de la prestación, CREMIL aplicó indebidamente el aludido porcentaje, como quiera que lo hizo sobre la sumatoria obtenida de la asignación básica mensual y la prima de antigüedad, como pasa a evidenciarse[240]:

AÑO 2011

SUELDO BÁSICO	749.840
PRIMA DE ANTIGÜEDAD (38.5%)	288.688
TOTAL	1.038.528
PORCENTAJE DE LIQUIDACIÓN (70%):	
ASIGNACIÒN DE RETIRO	**726.970**

300. Tal interpretación no solo genera un detrimento en el monto final de la asignación del señor Benavides Borja, sino que desconoce el sentido literal del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 fijado en esta providencia, tal como lo consideró el juez de primera instancia.

301. En conclusión, CREMIL aplicó indebidamente el 70% de que trata el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 para la liquidación de la asignación de retiro del demandante.

Decisión de segunda instancia:

302. Por las razones que anteceden se revocará 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. En todo caso y de conformidad con la regla 4.1. de esta providencia, habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que

[240] Folio 184 del cuaderno de pruebas.

se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, y a adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador, si es del caso.

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.**

303. En todo lo demás, se confirmará la sentencia de primera instancia.

De la condena en costas

304. De conformidad con lo señalado en recientes providencias de esta Sección[241], en el presente caso no se condenará en costas en segunda instancia a la entidad demandada, toda vez que, al revocarse parcialmente la sentencia, la misma fue favorable a la parte demandada.

Extensión de la decisión que aquí se adopta

305. El artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 tiene como finalidad garantizar en el ámbito administrativo el principio de igualdad, por tal razón consagra el deber de las autoridades administrativas de aplicar de manera uniforme las normas y la jurisprudencia a situaciones que tengan similares supuestos fácticos y jurídicos. Por su parte, y en consonancia con el aludido principio, el artículo 102 *ibidem* establece que es obligación de las autoridades extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado en la que

[241] Ver sentencias del Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección A del 7 de abril de 2016 Expedientes: 4492-2013, Demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Demandante: José Francisco Guerrero Bardi.

se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos.

306. A su turno, el artículo 270 *ejusdem* señaló que son sentencias de unificación jurisprudencial las siguientes: i) las que profiera el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia, esto es, las dictadas en virtud del artículo 271; ii) las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y; iii) las relativas al mecanismo eventual de revisión previstas en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

307. Así las cosas y teniendo en cuenta que esta sentencia se profiere por la necesidad de unificar jurisprudencia, causal prevista en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, y que además en ella se reconoce un derecho, la presente sentencia de unificación jurisprudencial es extendible en virtud de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, a todas las personas que acrediten encontrarse en la misma situación fáctica y jurídica.

308. Por lo anterior, la autoridad administrativa deberá reconocer a los soldados profesionales su asignación de retiro con base en las siguientes reglas:

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.

309. 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%[242] para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000[243]

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

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:

   (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.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

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%[244] para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000[245] 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

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

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.

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.

Octavo: No condenar en costas en segunda instancia a la entidad demandada.

Noveno: Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa «Justicia Siglo XXI» y ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al *A quo*.

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 FRANCISCO SUÁREZ VARGAS **GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

Relatoría: AJSD/Lmr.