

**FUERZAS MILITARES - Régimen prestacional especial: justificación /
POLICIA NACIONAL - Régimen prestacional especial: justificación /
REGIMENES PRESTACIONALES ESPECIALES - Justificación / SISTEMA
INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL - Composición / SECTOR DEFENSA -
Régimen prestacional especial: Inaplicación del régimen general de
seguridad social / FUERZA PUBLICA - Régimen prestacional especial:
Justificación**

La Asamblea Nacional Constituyente concibió la seguridad social como un derecho constitucional irrenunciable de todas las personas y como un servicio público a cargo del Estado, sujeto a los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad, en los términos que la ley señale. Con el fin de desarrollar tal garantía constitucional, el Congreso de la República expidió la ley 100 de 1993 como un sistema general e integral de seguridad social para todos los habitantes del territorio nacional, integrado por: pensiones, seguridad social en salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios. No obstante el carácter general con que concibió el servicio público de la seguridad social, el Constituyente de 1991 admitió la existencia de regímenes prestacionales especiales en atención a las características de ciertos grupos humanos y a la función especialísima que ellos cumplen. En tal virtud, facultó al legislador en los artículos 217 y 218 de la Carta Política para establecer el de carrera, prestacional y disciplinario tanto para los miembros de las Fuerzas Militares como de la Policía Nacional. Igualmente, en el artículo 150, numeral 19, literal e), otorgó al Congreso de la República la atribución de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, los miembros del Congreso y de la Fuerza Pública. Dichos regímenes prestacionales especiales constituyen un conjunto normativo que crea, establece, regula y desarrolla una serie de prestaciones a favor de un determinado grupo social, el cual goza de una reglamentación propia, en virtud de ciertas características individuales que le confieren plena particularidad. La Corte Constitucional ha justificado en reiteradas oportunidades la existencia del régimen prestacional especial de los miembros de la Fuerza Pública, dada la naturaleza peligrosa que implica el ejercicio de sus funciones, razón que considera suficiente para que mediante aquél se pretenda compensar el desgaste físico y mental que involucra el estado latente de inseguridad al que es sometido durante largos periodos, no sólo el militar, si no también los miembros de su familia. De ahí que la ley marco que fija el régimen prestacional para los miembros de la Fuerza Pública debe precisar el contenido especial del sistema pensional y de asignación de retiro de sus miembros, señalando los requisitos necesarios para su reconocimiento tales como edad, tiempo de servicios, montos, ingresos bases de liquidación, indemnizaciones sustitutivas y demás condiciones y exigencias; correspondiendo al Gobierno Nacional mediante decreto, reglamentar los elementos accidentales y variables de dicho régimen. Precisamente, la existencia del régimen prestacional especial de seguridad social con que cuentan los miembros de la Fuerza Pública, los excluye del sistema integral de seguridad social contenido en la ley 100 de 1993, como lo dispone el artículo 279 de dicha ley, cuyos alcances analizará la Sala en el numeral 4o. de este concepto.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la justificación del régimen prestacional especial de la fuerza pública, Corte Constitucional, sentencia C-665 de 1996.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 279

**FUERZAS MILITARES - Retiro: concepto / RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO
DE LAS FUERZAS MILITARES - Concepto**

A su vez, en el Título IV “De la Suspensión, Retiro, Separación y Reincorporación” de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, se refiere al Retiro como la situación en que dicho personal, sin perder su grado militar, cesa por disposición de autoridad competente, en la obligación de prestar servicios en actividad.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 1790 DE 2000 - ARTICULO 99

FUERZAS MILITARES - Condiciones para la asignación de retiro / ASIGNACION DE RETIRO - Condiciones para su reconocimiento en las Fuerzas Militares

La norma en cita, en su inciso primero fija dos condiciones para que pueda darse el pago de la referida prestación en los términos en ella previstos, de una parte, que a la entrada en vigencia el decreto 4433 el oficial o suboficial se encuentre en servicio activo, y de otra, que su retiro se produzca bajo una de dos modalidades, para las cuales señaló un tiempo límite de servicio y unas causales taxativamente previstas, a saber: 1. Con 18 años o más de servicio, por: - Llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o - Por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o - Por disminución de la capacidad psicofísica, o - Por incapacidad profesional. 2. Después de 20 años de servicio, por: - solicitud del propio oficial o suboficial, o - porque el mismo sea retirado o separado en forma absoluta. Por su parte, el parágrafo 1o. de la norma que se analiza, prevé el pago de la asignación mensual de retiro para el oficial o suboficial que a la entrada en vigencia del decreto 4433 acreditara 15 años o más de tiempo de servicio y fuera retirado por alguna de las siguientes causales: “llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional.”

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 4433 DE 2004 - ARTICULO 14 / DECRETO LEY 1211 DE 1990 - ARTICULO 163

FUERZAS MILITARES - Retiro por inasistencia injustificada por más de diez días no da derecho a asignación de retiro: Evolución normativa / FUERZAS MILITARES - Asignación de retiro por separación absoluta del servicio con 20 o más años de servicio / ASIGNACION DE RETIRO - Fuerzas militares: por inasistencia injustificada por más de diez años y por separación absoluta del servicio

Encuentra la Sala que armonizando lo dispuesto por los artículos 163 inciso primero del decreto ley 1211 de 1990 –norma anterior- y 2o. y 14, inciso primero y parágrafo primero del decreto ley 4433 de 2004, se puede concluir que: (i) En vigencia del artículo 163 del decreto ley 1211 de 1990 los oficiales y suboficiales retirados del servicio activo por inasistencia al servicio por más de 10 días sin causa justificada, tenían derecho al pago por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares de la asignación mensual de retiro en los términos fijados en la norma, siempre y cuando hubieran cumplido 15 años o más de servicio. (ii) Para que este derecho le fuera reconocido una vez en vigencia el decreto ley 4433 de 2004, se hacía necesario que a esa fecha -31 de diciembre de 2004, Diario Oficial No.45778- el oficial o suboficial respectivo hubiera cumplido la totalidad de los requisitos exigidos por el decreto ley 1211 de 1990 para acceder a la respectiva asignación, esto es: a) que hubiera sido retirado por inasistencia al servicio por más de 10 días sin causa justificada. b) que al momento del retiro tuviera 15 años o más de servicio. Sin que el sólo hecho de tener los 15 años de servicio fuera suficiente para obtener el derecho al reconocimiento de la referida asignación. (iii)

Sólo quien se ajustara a los dos requerimientos antes señalados podía acceder a las garantías previstas en el artículo 2o. del decreto ley 4433 y por tanto se haría acreedor al reconocimiento de la asignación mensual de retiro en los términos del artículo 163 del decreto ley 1211 de 1990. (iv) En cuanto a la figura de la separación absoluta del servicio cabe anotar que el artículo 163 del decreto ley 1211 de 1990 no la consideraba como causal de retiro que permitiera acceder al reconocimiento de la respectiva asignación, razón por la cual frente a ella no es posible plantear el tema de los derechos adquiridos a que se refiere el artículo 2o. del decreto ley 4433 de 2004. (v) En vigencia el decreto ley 4433 de 2004, no existe la posibilidad de que un oficial o suboficial que sea retirado por inasistencia al servicio por más de 10 días sin causa justificada, tenga derecho al reconocimiento de la asignación mensual de retiro, independientemente del tiempo que llevare vinculado a la institución, por no haberlo contemplado así la norma. (vi) Lo que sí procede al tenor del inciso primero del artículo 14 del decreto ley 4433 de 2004, es el reconocimiento de la asignación mensual de retiro para quien sea separado del servicio en forma absoluta siempre y cuando haya cumplido 20 años de servicio al momento del retiro, caso en el cual dicho reconocimiento se hará en los términos establecidos en el citado artículo 14.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 1211 DE 1990 - ARTICULO 163 / DECRETO LEY 4433 DE 2004 - ARTICULO 2 / DECRETO LEY 4433 DE 2004 - ARTICULO 14

POLICIA NACIONAL - Retiro por destitución genera inhabilidad / DESTITUCION - De la Policía Nacional: Causal de retiro. Comporta una inhabilidad general / INHABILIDAD SOBREVINIENTE - Concepto. Consecuencias / INHABILIDADES PARA ACCEDER A CARGOS PUBLICOS - Concepto. Finalidad

En cuanto a la destitución, cabe señalar que ésta consiste en “la privación del cargo público que realiza la autoridad disciplinaria competente como consecuencia de un procedimiento que demuestra una grave responsabilidad disciplinaria”, es una sanción que se impone por el incumplimiento de los deberes propios del cargo o por incurrir en faltas disciplinarias catalogadas como graves. Al respecto, es de anotar que de acuerdo con lo prescrito en el artículo 38, numeral 1o. de la ley 1015 de 2006 "Por medio de la cual se expide el Régimen Disciplinario de la Policía Nacional", la destitución “consiste en la terminación de la relación del servidor público con la Institución Policial” y comporta la Inhabilidad General que “implica la imposibilidad para ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera”. (...) Las inhabilidades, en términos generales, son prohibiciones establecidas por el legislador para acceder a la función pública, tienen por finalidad preservar la pulcritud de la administración, garantizar que los servidores públicos sean ciudadanos de comportamiento ejemplar y evitar que sus intereses personales se involucren en el manejo de los asuntos de la comunidad, comprometiendo la imparcialidad, moralidad, igualdad y eficiencia de la administración. El artículo 37 de la ley 734 de 2002, Código Disciplinario Unico, se refiere a la inhabilidades sobrevivientes como aquellas que “se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial o cuando se presente el hecho que las generan el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción”. Evento en el cual, advierte la norma, se debe comunicar al actual nominador para que proceda a hacer efectivas sus consecuencias. (...) De lo anterior se infiere, que si a un miembro del personal de la Policía Nacional, estando en el ejercicio de sus

funciones, le sobreviene una inhabilidad como la descrita en el numeral 2o. del artículo 38 de la ley 734 de 2002, lo que procede es su desvinculación de la institución, no como sanción sino como una medida de protección para la administración, según lo manifestado por la Corte Constitucional al efectuar el análisis de constitucionalidad de dicha norma.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el concepto de destitución, Corte Constitucional, sentencia C-1212 de 2001. Sobre inhabilidades sobrevinientes, Corte Constitucional, sentencias C-544 de 2005 y C-038 de 1996.

FUENTE FORMAL: LEY 1015 DE 2006 - ARTICULO 38 NUMERAL 1 / DECRETO LEY 1791 DE 2000 - ARTICULO 55 / LEY 734 DE 2002 - ARTICULO 37 / LEY 734 DE 2002 - ARTICULO 38 NUMERAL 2 / LEY 190 DE 1995 - ARTICULO 6

POLICIA NACIONAL - Causales de retiro que dan lugar a asignación de retiro / ASIGNACION DE RETIRO - Policía Nacional: causales / ASIGNACION DE RETIRO - Policía Nacional: No puede reconocerse a quienes hayan sido retirados del servicio por destitución o inhabilidad sobreviniente

Del contenido de las normas transcritas se tiene que para que a los oficiales, suboficiales, agentes y personal ejecutivo de la Policía Nacional se les reconozca asignación mensual de retiro, se requiere que el retiro del servicio de los mismos se produzca por alguna de las siguientes causales: - llamamiento a calificar servicios, - disminución de la capacidad psicofísica, - por voluntad del Gobierno Nacional o de la Dirección General de la Policía, - retiro a solicitud propia, o - separación en forma absoluta del servicio, después de 25 años de servicio. Sin que para dicho reconocimiento se tenga en cuenta el retiro por destitución o por inhabilidad sobreviniente. (...) En este orden y como quiera que ni la destitución ni la inhabilidad sobreviniente de que habla el numeral 2o. del artículo 38 de la ley 734 de 2002 están contempladas en los artículo 24 y 25 del decreto ley 4433 de 2004, como causales de retiro que otorguen derecho al reconocimiento de la asignación de retiro para los oficiales, suboficiales, personal del nivel ejecutivo y agentes de la Policía Nacional, no podrá concederse el reconocimiento de dicha prestación a quienes hayan sido retirados del servicio por alguna de esas circunstancias.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 4433 DE 2004 - ARTICULO 24 / DECRETO LEY 4433 DE 2004 - ARTICULO 25

SUBSIDIO FAMILIAR - Concepto. Prestación derivada del derecho de seguridad social

El legislador en el artículo 1o. de la ley 21 de 1982 definió el subsidio familiar como una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, cuyo objetivo fundamental consiste en aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad. El subsidio familiar ha sido reconocido por la Corte Constitucional como una prestación derivada del derecho a la seguridad social.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la naturaleza del subsidio familiar, Corte Constitucional, sentencia C-508 de 1997.

FUENTE FORMAL: LEY 21 DE 1982 - ARTICULO 1

SUBSIDIO FAMILIAR - Reconocimiento a cónyuges militares con asignación de retiro / FUERZAS MILITARES - Subsidio familiar: no procede doble

reconocimiento a militares cónyuges / SUBSIDIO FAMILIAR - Es factor de liquidación de la asignación de retiro de militares / SUBSIDIO FAMILIAR - Tope porcentual en las Fuerzas Militares / FUERZAS MILITARES - Subsidio familiar es factor de liquidación de la asignación de retiro

En el régimen prestacional de las Fuerzas Militares, el subsidio familiar constituye uno de los factores a incluir al momento de liquidar la asignación de retiro que se ha de reconocer a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, sin que el total por dicho concepto pueda sobrepasar el 47% del respectivo sueldo básico. Ahora bien, como el régimen analizado establece la prohibición del pago por partida doble del subsidio familiar cuando los dos cónyuges son servidores activos del Ministerio de Defensa, y en el texto de la consulta no se precisaron las circunstancias que rodearon el retiro de los dos servidores a que alude la misma, la Sala considera necesario plantear las hipótesis que al respecto pueden haberse presentado: (i) Los dos cónyuges prestaban en la misma época sus servicios al Ministerio de Defensa, evento en el cual de acuerdo con la prohibición establecida por el legislador, sólo uno podía percibir dicho subsidio, el que devengara el sueldo más alto o en el caso de que los dos percibieran la misma asignación, el que hubiera acreditado mayor tiempo de servicio en el Ministerio. (ii) Si los dos cónyuges se retiraron al mismo tiempo, es decir, simultáneamente, el subsidio familiar constituye partida de liquidación de la asignación de retiro solamente respecto de quien en ejercicio del servicio venía devengándolo; en la asignación de retiro del otro cónyuge no podía liquidarse el subsidio familiar por cuanto no era beneficiario del mismo. (iii) Si se retiró el cónyuge que percibía el subsidio, como antes quedó dicho, para la liquidación de su asignación de retiro debió incluirse como factor de la misma el subsidio familiar, el cual a partir del reconocimiento de la asignación pierde su carácter de prestación social para convertirse en factor prestacional, como lo ha señalado la Sección Segunda de esta Corporación. Precisamente, esta modificación del carácter del subsidio familiar, lleva a la prohibición de variar el porcentaje con que fue incluido el subsidio en la liquidación de la respectiva asignación, a menos de que se compruebe que al Oficial o Suboficial, se le venía considerando un porcentaje diferente al que legalmente le correspondía. (iv) Si el cónyuge que no recibía el subsidio familiar, continuó laborando en el Ministerio de Defensa después de retirado su esposo o esposa, tiene derecho a que se le reconozca dicha prestación de conformidad con lo previsto por las normas que regulan la materia en relación con el número de hijos y la edad de los mismos. Lo anterior, por cuanto no existe norma legal que prohíba tal reconocimiento al cónyuge que continúa en el servicio y porque, en criterio de la Sala, no puede hacerse extensiva a él la prohibición para el pago doble del subsidio familiar que se aplica cuando los dos cónyuges están en servicio activo. (v) De igual forma, en el caso del cónyuge que se retiró de último, éste tiene derecho a que el subsidio familiar que percibía se le liquide como un factor prestacional para el reconocimiento de su asignación de retiro, en el porcentaje que se encontraba reconocido a la fecha de su desvinculación, conforme a lo dispuesto en el citado artículo 79 del decreto ley 1211 de 1990, siempre que ese concepto no sobrepase el 47% del respectivo sueldo básico. En este punto es necesario precisar que el tope porcentual del 47% que establecen los artículos 79 y 158 de decreto ley 1211 de 1990, es para cada uno de los oficiales o suboficiales a quienes se les reconozca la asignación de retiro, sin que pueda deducirse del contenido de tales disposiciones que las mismas están fijando un tope máximo común para la inclusión de dicho factor en la liquidación de las asignaciones de los dos cónyuges. Como señala el principio general de derecho, cuando el legislador no diferencia no le es dado hacerlo al intérprete. Para el caso que se analiza en este punto, en el evento de no habersele incluido como factor de liquidación de la respectiva asignación de retiro el subsidio familiar que venía

percibiendo el cónyuge que se retiró de último, éste podrá elevar la respectiva solicitud en cualquier momento al tenor de lo prescrito en el inciso segundo del artículo 161 de decreto ley 1211 de 1990.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la extensión del subsidio familiar a los militares con uniones maritales de hecho, Corte Constitucional, sentencia C-1002 de 2007. Sobre la conversión del subsidio familiar de prestación social a factor prestacional por el retiro del beneficiario, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 13 de febrero de 1997, Rad. 11869 y sentencia de 19 de junio de 1998, Rad. 17338.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 1211 DE 1990 - ARTICULO 158 / DECRETO LEY 1211 DE 1990 - ARTICULO 79 / DECRETO LEY 1211 DE 1990 - ARTICULO 80 / DECRETO LEY 1211 DE 1990 - ARTICULO 81 / DECRETO LEY 1211 DE 1990 - ARTICULO 82 / DECRETO LEY 1211 DE 1990 - ARTICULO 161

PERSONAL CIVIL DEL SECTOR DEFENSA - Condiciones para el reconocimiento de la pensión de jubilación / PENSION DE JUBILACION - Condiciones para su reconocimiento al personal civil del Sector Defensa / SECTOR DEFENSA - Personal civil: condiciones para reconocimiento de pensión de jubilación

Para el reconocimiento de la pensión de jubilación de que trata el artículo en cita, se requiere que confluyan dos condiciones a saber: (i) El beneficiario debe tener y haber tenido la calidad de empleado público, entendida ésta en los términos previstos por el mismo decreto ley 1214, esto es, la condición de persona natural nombrada y posesionada legalmente para desempeñar un cargo como Civil en las plantas de personal del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares o la Policía Nacional, y (ii) Acreditar veinte años de servicio continuo, es decir, que no hayan existido interrupciones superiores a quince días, salvo en el caso del servicio militar. A su vez, el legislador previó que dicho reconocimiento podía darse a cualquier edad y, para efectos de contabilizar los veinte años continuos de servicio debía tenerse en cuenta el tiempo durante el cual el beneficiario hubiera prestado el servicio militar obligatorio.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 1214 DE 1990 - ARTICULO 2 / DECRETO LEY 1214 DE 1990 - ARTICULO 3 / DECRETO LEY 1214 DE 1990 - ARTICULO 4 / DECRETO LEY 1214 DE 1990 - ARTICULO 98

PERSONAL CIVIL DEL SECTOR DEFENSA - Régimen prestacional: aplicación de régimen especial o sistema integral de seguridad social según fecha de vinculación / SECTOR DEFENSA - Personal civil: Régimen prestacional aplicable según fecha de vinculación / PERSONAL CIVIL DEL SECTOR DEFENSA - Rectificación de doctrina sobre régimen prestacional

Como corolario de lo anterior se tiene que el Sistema Integral de Seguridad Social de que trata la ley 100 de 1993 no se aplica a los miembros activos de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional independientemente de la fecha de su vinculación, ni al personal regulado por el decreto ley 1214 de 1990, esto es, al personal Civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, que había sido vinculado antes de entrar en vigencia la ley 100 de 1993. Por el contrario, al personal Civil de estas instituciones cuya vinculación fue posterior a la vigencia la ley 100, se le aplica en su totalidad el referido Sistema. Como quiera que en el caso formulado en la consulta, el retiro del personal que ostentaba la condición de Militar o Policía al entrar en vigencia la ley 100 de 1993, se produjo después de estar rigiendo la misma, no puede dicho personal solicitar la aplicación del régimen

previsto en el decreto ley 1214 de 1990 por el hecho de haber asumido, con posterioridad a su retiro del servicio activo, la condición de personal Civil del Ministerio de Defensa, toda vez que nunca fue beneficiario de ese régimen. Prueba de ello es que quienes se encontraron incursos en la situación descrita recibieron la asignación de retiro correspondiente al estatus que tenían al momento de su retiro, esto es, oficial o suboficial de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, según lo dispuesto en el ordenamiento que los regulaba, es decir, el previsto en los decretos leyes 1211 o 1212 de 1990, respectivamente, si su retiro se produjo antes del 31 de diciembre de 2004; o en su defecto, el contenido en el decreto ley 4433 de 2004, para quienes se retiraron a partir del 1o. de enero de 2005. Por lo expuesto, la Sala se aparta de los conceptos citados en la consulta, en los que se acepta la aplicación del régimen contenido en el decreto ley 1214 de 1990 y en consecuencia el reconocimiento de la pensión de jubilación prevista en su artículo 98, a quienes siendo miembros activos de las Fuerzas Militares fueron nombrados en el cargo de Magistrado de Tribunal Militar antes de entrar en vigencia la ley 100 de 1993, y después de estar rigiendo ésta fueron retirados del servicio activo con el reconocimiento de la respectiva asignación de retiro. La presente posición se fundamenta en: a. A la entrada en vigencia de la ley 100, el régimen prestacional aplicable a dichas personas era el contenido en los decretos leyes 1211 o 1212 de 1990, según fueran miembros activos de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional. b. No obstante estar desempeñando un cargo de período fijo, durante su ejercicio se produjo un cambio de status, esto es, dejaron de ser miembros activos de la Fuerza Pública y pasaron a hacer parte del personal Civil del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional. c. Nunca fueron beneficiarios del régimen contemplado en el decreto ley 1214 de 1990, porque el cambio de status, de militar o policía en servicio activo a personal Civil del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional, se produjo estando ya en vigencia la ley 100 de 1993, y por tanto al producirse dicho cambio quedaron sujetos a la normatividad general del régimen de seguridad social aplicable a todos los servidores del Estado, esto es, la ley 100 de 1993.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la justificación de la aplicación de regímenes diferentes de seguridad social al personal civil del Sector Defensa, Corte Constitucional, sentencia C-1143 de 2004. Se rectifica la doctrina expuesta en por la Sala de Consulta y Servicio Civil en los conceptos 1143 de 23 de septiembre de 1998, su adición de 12 de febrero de 2002 y 1500 de 17 de junio de 2003.

DERECHOS HEREDITARIOS - Características / DERECHOS UNIVERSALES - Características / PATRIMONIO - Concepto

Nuestra legislación considera el derecho de herencia como un derecho real al tenor de lo previsto en el inciso 2o. del artículo 665 del Código Civil, sin embargo, la doctrina teniendo en cuenta que aquel derecho no recae sobre una cosa singular, como sucede con la noción de derecho real consagrada en el inciso 1o. del referido artículo 665, sino sobre una universalidad jurídica, ha considerado al derecho de herencia como un derecho universal. Los derechos universales, cuya modalidad más importante está representada por los derechos hereditarios, se caracterizan ante todo por su objeto, ya que se ejercen sobre una universalidad jurídica, es decir, sobre un patrimonio, entendido éste como el conjunto de derechos de contenido económico que pertenecen a una misma persona, están afectados a un determinado fin, son avaluables en sumas de dinero y son negociables, esto es, pueden transmitirse por acto entre vivos o por causa de muerte. Sin embargo, cabe recordar que no todos los derechos de que una persona es titular son susceptibles de transmisión por causa de muerte, como es el caso de los derechos extrapatrimoniales y los derechos políticos. Así mismo, algunos derechos surgen con ocasión de la muerte, pero no forman parte de la

herencia por no encontrarse radicados en cabeza del causante al momento de su muerte, como son las indemnizaciones que una persona recibe con ocasión del fallecimiento de un pariente cercano. Es de advertir que el derecho de herencia es uno de los derechos subjetivos que cuenta con mayor protección legal a través de numerosas acciones. La principal de ellas es la acción de petición de herencia, y dentro de las accesorias encontramos, entre otras, las acciones de nulidad testamentaria, nulidad o rescisión de la partición, de indignidad, etc.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 665

INDIGNIDAD PARA SUCEDER - Características / HERENCIA - Indignidad para suceder

Una persona puede ser llamada a recibir una herencia o legado en virtud de la vocación hereditaria establecida por la ley o mediante el testamento, sin embargo, la adquisición de una u otro puede ser impugnada en razón de indignidad. La indignidad es una institución de excepción, habida cuenta de que la capacidad y la dignidad de toda persona para suceder es la regla general, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1018 del Código Civil. La indignidad para recibir asignación hereditaria proviene de las causales taxativamente señaladas en el artículo 1025 del Código Civil, puede tener lugar tanto en la sucesión testada como en la intestada y comprende tanto las herencias como los legados. La indignidad en ningún caso se produce de plano, necesita siempre una sentencia proferida por un juez penal o por un juez civil, dictada a instancia de cualquiera de los interesados, según lo establece el artículo 1031 del Código Civil. Si en razón del transcurso del tiempo no puede iniciarse la investigación penal por haber prescrito el delito, debe entenderse prescrita la acción de indignidad. Las causales de indignidad que no constituyen ilícito penal, requieren sentencia de los jueces civiles. Una vez pronunciada la sentencia se extingue en el asignatario la aptitud legal para recibir toda herencia o legado. De manera tal que la indignidad acarrea una pena o una sanción de carácter civil, pues por causa de ella un asignatario puede ser totalmente excluido de la sucesión de una persona a quien estaría legal o testamentariamente llamado a suceder.

NOTA DE RELATORIA: Sobre capacidad para heredar e indignidad, Corte Constitucional, sentencia C-432 de 2004 y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 8 de abril de 2008, Rad. 00439.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1018 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1025 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1031

PROCESO ORDINARIO DE INDIGNIDAD PARA SUCEDER - Objeto / INDEMNIZACION - Derecho propio e independiente de la herencia / INDEMNIZACION - No hace parte de la masa sucesoral / PENSIONES - No hacen parte de la masa sucesoral / MASA SUCESORAL - Las indemnizaciones o pensiones no está incluidas. Incluye las cesantías / CESANTIAS - Hacen parte de la masa sucesoral / INDIGNIDAD PARA SUCEDER - No impide reconocimiento de indemnizaciones ni pensiones por causa de muerte de pariente militar / MINISTERIO DE DEFENSA - Indignidad para suceder no impide reconocimiento de indemnizaciones ni pensiones por causa de muerte de pariente militar

Existen derechos que si bien se originan con ocasión de la muerte de una persona no por ello hacen parte de su herencia, precisamente por no haber estado en cabeza del difunto antes del momento de su muerte. Tal es el caso de las indemnizaciones a que tienen derecho los parientes del difunto como

resarcimiento al daño causado por su muerte, caso en el cual y como lo sostiene la doctrina “Dicha indemnización es un derecho propio e independiente de la herencia; es un derecho que nace en forma directa en cabeza de los perjudicados; no se encontraba radicado en cabeza del difunto”. (...) Ahora bien, en cuanto al proceso ordinario de indignidad para suceder, es de anotar que el mismo tiene por objeto debatir la aptitud de un heredero para acceder a la herencia de su causante, es decir, dicho proceso tiene efectos en el ámbito propio de la sucesión por causa de muerte y en tal virtud constituye una sanción de carácter civil en la medida en que por causa de la declaratoria de indignidad un heredero puede ser excluido de la sucesión de una persona a quien estaría legal o testamentariamente llamado a suceder. En consecuencia, como quiera que el proceso ordinario de indignidad para suceder tiene efectos en el ámbito propio de la sucesión por causa de muerte y las indemnizaciones o las partidas que reciba una persona a título de pensión por el fallecimiento de un pariente cercano no encuentran su fuente en las normas que regulan la referida sucesión, esto es, no hacen parte de la masa sucesoral, el heredero que ha sido declarado indigno para suceder bien puede acceder a las mencionadas indemnizaciones que se otorgan a manera de resarcimiento por el daño causado, así como a las partidas que se reconozcan a título de pensión, siempre y cuando se encuentre incluido dentro del orden de beneficiarios de las prestaciones sociales que se concedan por la muerte de su familiar. Cosa distinta sucede con las cesantías, que es otra de las prestaciones a que tienen derecho los beneficiarios a que nos hemos referido, toda vez que las mismas constituyen un haber o patrimonio latente que se encontraba pendiente de ser reclamado, y en tal condición hacen parte de la masa sucesoral. Por tanto, dada la diversa naturaleza de las referidas prestaciones, la Sala considera que en el evento de adelantarse un proceso de indignidad corresponde al Ministerio de Defensa entrar a desglosar y pagar a cada uno de los beneficiarios las prestaciones que no hacen parte de la masa sucesoral, que para el caso lo serían las que le correspondan a modo de compensación o indemnización y la pensión, decisión ésta que debe ser comunicada a los interesados para que si lo consideran conveniente adelanten las acciones judiciales que estimen pertinentes. Las prestaciones que conforman la masa sucesoral se dejarán a salvo hasta tanto se decida el respectivo proceso.

NOTA DE RELATORIA: Sobre las indemnizaciones por fallecimiento de parientes, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 8 de abril de 2008, Rad. 00439.

Autorizada la publicación con oficio de 7 de abril de 2010.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010)

Radicación numero: 11001-03-06-000-2009-00001-00(1935)

Actor: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

Referencia: MINISTERIO DE DEFENSA. Reconocimiento de prestaciones sociales del personal vinculado a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional, tanto uniformado como civil.

El señor Ministro de Defensa Nacional, consulta a la Sala sobre cinco aspectos relacionados con el reconocimiento de algunas de las prestaciones sociales del personal vinculado a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional. Por metodología, la Sala analizará y responderá de manera independiente cada uno de los aspectos consultados, de acuerdo con la siguiente tabla de contenido:

1. Reconocimiento de la asignación de retiro para el personal militar que a la fecha de entrada en vigencia del decreto 4433 de 2004 contaba con 15 años o mas de servicio y hubiese sido retirado por inasistencia; o contaba con menos de 20 años de servicio y hubiese sido retirado por separación absoluta.
2. Reconocimiento de asignación de retiro del personal uniformado de la Policía Nacional que es retirado del servicio por destitución o inhabilidad sobreviviente.
3. Reconocimiento de la partida de subsidio familiar a dos cónyuges con derecho a asignación de retiro.
4. Sistemas para el cómputo de tiempo y forma de pago de la asignación de retiro y demás prestaciones sociales de oficiales, suboficiales y personal civil del Ministerio de defensa.
5. Reconocimiento de prestaciones sociales a beneficiarios por causa de muerte de oficiales y suboficiales.

INTRODUCCION

Régimen prestacional especial para los miembros de las fuerzas militares y la policía nacional

La Asamblea Nacional Constituyente concibió la seguridad social como un derecho constitucional irrenunciable de todas las personas y como un servicio público a cargo del Estado, sujeto a los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad, en los términos que la ley señale.

Con el fin de desarrollar tal garantía constitucional, el Congreso de la República expidió la ley 100 de 1993 como un sistema general e integral de seguridad social para todos los habitantes del territorio nacional, integrado por: pensiones, seguridad social en salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios.

No obstante el carácter general con que concibió el servicio público de la seguridad social, el Constituyente de 1991 admitió la existencia de regímenes prestacionales especiales en atención a las características de ciertos grupos humanos y a la función especialísima que ellos cumplen. En tal virtud, facultó al legislador en los artículos 217 y 218 de la Carta Política para establecer el de carrera, prestacional y disciplinario tanto para los miembros de las Fuerzas

Militares como de la Policía Nacional. Igualmente, en el artículo 150, numeral 19, literal e), otorgó al Congreso de la República la atribución de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, los miembros del Congreso y de la Fuerza Pública.

Dichos regímenes prestacionales especiales constituyen un conjunto normativo que crea, establece, regula y desarrolla una serie de prestaciones a favor de un determinado grupo social, el cual goza de una reglamentación propia, en virtud de ciertas características individuales que le confieren plena particularidad.

La Corte Constitucional ha justificado en reiteradas oportunidades la existencia del régimen prestacional especial de los miembros de la Fuerza Pública, dada la naturaleza peligrosa que implica el ejercicio de sus funciones, razón que considera suficiente para que mediante aquél se pretenda compensar el desgaste físico y mental que involucra el estado latente de inseguridad al que es sometido durante largos periodos, no sólo el militar, si no también los miembros de su familia.

De ahí que la ley marco que fija el régimen prestacional para los miembros de la Fuerza Pública debe precisar el contenido especial del sistema pensional y de asignación de retiro de sus miembros, señalando los requisitos necesarios para su reconocimiento tales como edad, tiempo de servicios, montos, ingresos bases de liquidación, indemnizaciones sustitutivas y demás condiciones y exigencias; correspondiendo al Gobierno Nacional mediante decreto, reglamentar los elementos accidentales y variables de dicho régimen.

Precisamente, la existencia del régimen prestacional especial de seguridad social con que cuentan los miembros de la Fuerza Pública, los excluye del sistema integral de seguridad social contenido en la ley 100 de 1993, como lo dispone el artículo 279 de dicha ley, cuyos alcances analizará la Sala en el numeral 4o. de este concepto.

1. RECONOCIMIENTO DE LA ASIGNACION DE RETIRO PARA EL PERSONAL DE OFICIALES, SUBOFICIALES Y SOLDADOS PROFESIONALES DE LAS FUERZAS MILITARES, RETIRADOS DEL SERVICIO POR INASISTENCIA AL SERVICIO Y SEPARACION ABSOLUTA

1.1 Antecedentes

Para responder las preguntas formuladas, es menester precisar las normas que reglamentan tanto el régimen de carrera como el prestacional del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares. Al efecto es de anotar que la ley 66 de 1989 otorgó al Presidente de la República facultades extraordinarias 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. En ejercicio de dichas facultades el Gobierno Nacional expidió los decretos 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990, por medio de los cuales reguló las prestaciones sociales y la carrera profesional del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional; del personal de Agentes de la Policía Nacional y del personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional. Para efectos del problema que se plantea en este capítulo es menester observar:

* Mediante el decreto ley 1211 de 1990 se reformó el decreto ley 95 de 1989, anterior estatuto del personal de oficiales y suboficiales de la Fuerzas Militares, que regulaba tanto la carrera profesional del mencionado personal como sus prestaciones sociales.

* Posteriormente se expidió el decreto ley 1790 de 2000 el cual modificó algunas de las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares contenidas en el decreto ley 1211 de 1990.

* A su vez, por el decreto ley 4433 de 2004, expedido en ejercicio de las facultades otorgadas por la ley 923 de 2004, se fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública y se derogaron y subrogaron **algunas** de las disposiciones que sobre dicho régimen contenía en el decreto ley 1211 de 1990.

1.2. Retiro por inasistencia al servicio sin causa justificada o por separación absoluta

El decreto ley 1790 de 2000 “Por el cual se modifica el decreto¹ que regula las normas de carrera del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”, define en su artículo 1o. a las Fuerzas Militares como “las organizaciones instruidas y disciplinadas conforme a la técnica militar y constitucionalmente destinadas a la defensa de la soberanía nacional y de las instituciones patrias. Están constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea”.

A su vez, en el Título IV “De la Suspensión, Retiro, Separación y Reincorporación” de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, se refiere al **Retiro** como la situación en que dicho personal, sin perder su grado militar, cesa por disposición de autoridad competente, en la obligación de prestar servicios en actividad. Dentro de las causales de retiro del servicio activo, el decreto ley 1790 de 2000 contempla la siguiente:

“ARTICULO 100. CAUSALES DE RETIRO. El retiro de servicio activo para el personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares se clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación:

a). Retiro temporal con pase a la reserva:

*...
6. Por inasistencia al servicio sin causa justificada de acuerdo con el tiempo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio
...”. (Subrayas de la Sala).*

El artículo 109 al referirse a la causal de retiro antes citada, señala:

“ARTICULO 109. RETIRO POR INASISTENCIA AL SERVICIO SIN CAUSA JUSTIFICADA. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares serán retirados en cualquier tiempo de servicio activo, por inasistencia al servicio sin causa justificada de acuerdo con el tiempo previsto en el Código Penal Militar para el delito de

¹ DECRETO 1211 DE 1990.

abandono del servicio², o cuando acumulen igual tiempo en un lapso de treinta (30) días calendario, sin perjuicio de la acción penal y disciplinaria correspondiente”.

En cuanto a las **causales de Separación absoluta** de las Fuerzas Militares, el artículo 111 del decreto ley 1790 de 2000 precisa que ésta se presenta cuando el oficial o suboficial es condenado a la pena principal de prisión por la Justicia Penal Militar o por la Justicia Ordinaria, salvo que la condena obedezca a delitos culposos, o cuando así lo determina un fallo disciplinario, y advierte que el personal así separado no podrá volver a pertenecer a las Fuerzas Militares.

1.3. Régimen especial de asignación de retiro para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares

La ley 923 de 2004³, defirió en el Gobierno Nacional la facultad para fijar el régimen de asignación de retiro, las pensiones de invalidez y sus sustituciones y, la de sobrevivientes de los miembros de la Fuerza Pública. (art.1o.), y en su artículo 3o., numeral 3.1., inciso 4o., estableció que *“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”.*

Con base en las facultades otorgadas por la ley 923 de 2004, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto ley 4433 de 2004**, por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

En cuanto a su alcance, el artículo 4o. del decreto 4433, señala:

“DECRETO 4433 DE 2004.

ARTICULO 4o. ALCANCE. *El régimen especial de asignación de retiro y de pensiones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, regula los derechos a las prestaciones económicas periódicas de quienes prestan sus servicios a la Nación como miembros de la Fuerza Pública que comprende la asignación de retiro, la pensión de invalidez, y su sustitución, así como la pensión de sobrevivencia”.*

Respecto de la naturaleza de la *Asignación de Retiro*, la Corte Constitucional en sentencia C-432 de 2004, señaló:

² LEY 522 DE 1999 “Código Penal Militar”, “ARTICULO 126. **ABANDONO DEL SERVICIO.** *El oficial o suboficial de la Fuerza Pública, o el personal de agentes o del nivel ejecutivo de la Policía Nacional que abandone los deberes propios del cargo por más de diez (10) días consecutivos, o no se presente al respectivo superior dentro del mismo término contado a partir de la fecha señalada por los reglamentos u órdenes superiores, para el cumplimiento de actos del servicio, o no se presente dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha del vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones o de su cancelación comunicada legalmente, incurrirá en arresto de uno (1) a tres (3) años”.*

³ LEY 923 DE 2004, “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”.

“12. Siguiendo esta línea de argumentación, la Corte se encuentra ante un nuevo interrogante, a saber: ¿Qué naturaleza jurídica tiene la ‘asignación de retiro’..?”

Es 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.

Un análisis histórico permite demostrar su naturaleza prestacional. Así, el artículo 112 del Decreto 501 de 1955, es inequívoco en establecer a la asignación mensual de retiro dentro del catálogo de prestaciones sociales a que tienen derecho los oficiales o suboficiales de la fuerza pública”.

Ahora bien, al tenor del artículo 14 del decreto ley 4433 de 2004, la asignación de retiro se reconoce y paga cuando el oficial o suboficial es retirado por alguna de las circunstancias previstas en dicha norma, la cual dispone:

“DECRETO 4433 DE 2004

ARTICULO 14. Asignación de retiro para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad.

Los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados con dieciocho (18) o más años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o 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, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, así: ...

Parágrafo 1o. Los oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieren quince (15) o más años de servicio que sean retirados del servicio activo por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, 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, así: ...”.

La norma en cita, en su inciso primero fija dos condiciones para que pueda darse el pago de la referida prestación en los términos en ella previstos, de una parte, que a la entrada en vigencia el decreto 4433 el oficial o suboficial **se encuentre en servicio activo**, y de otra, que su retiro se produzca bajo una de dos

modalidades, para las cuales señaló un tiempo límite de servicio y unas causales taxativamente previstas, a saber:

1. *Con 18 años o más de servicio*, por:

- Llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o
- Por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o
- Por disminución de la capacidad psicofísica, o
- Por incapacidad profesional

2. *Después de 20 años de servicio*, por:

- solicitud del propio oficial o suboficial, o
- porque el mismo sea retirado o *separado en forma absoluta*.

Por su parte, el párrafo 1o. de la norma que se analiza, prevé el pago de la asignación mensual de retiro para el oficial o suboficial que a la entrada en vigencia del decreto 4433 acreditara 15 años o más de tiempo de servicio y fuera retirado por alguna de las siguientes causales: *“llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional*.

1.4. Garantía de los derechos adquiridos

En materia de garantía de los derechos adquiridos, el artículo 2o. del decreto ley 4433 de 2004 establece que el personal de oficiales, suboficiales y soldados de las Fuerzas Militares, entre otros, que a la entrada en vigencia del referido decreto *“hubieran cumplido la totalidad de los requisitos para acceder a la asignación de retiro,... conservarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos, conforme a normas anteriores”*. Normas éstas que, para el asunto materia de estudio, se encontraban consignadas en el inciso primero del artículo 163 del decreto ley 1211 de 1990 – *subrogado por el artículo 14 del decreto ley 4433 de 2004-* el cual era del siguiente tenor:

“DECRETO LEY 1211 de 1990.

ARTICULO 163. ASIGNACION DE RETIRO. *Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin tener causa justificada⁴, o por conducta deficiente, y los que se retiren a solicitud propia después de 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*

⁴ Esta norma fue modificada por la LEY 14 DE 1992 que en su artículo 1o. señala: *“ARTICULO 1o. En todas las normas de los decretos leyes 1211, 1212 y 1213 de 1990, en las que se mencione la causal de retiro ‘por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada’, se entenderá en lo sucesivo que ésta se configura ‘por la inasistencia al servicio por más de diez (10) días sin causa justificada’, o cuando se acumule igual tiempo durante un lapso de treinta (30) días calendario”*.

se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de este Estatuto, 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”.

La disposición en comento, exigía, para tener derecho a la asignación de retiro, que los oficiales o suboficiales que *fuera retirados durante la vigencia del decreto 1211 de 1990*, y para el caso concreto de los que lo fueran por *“inasistencia al servicio por más de diez (10) días sin tener causa justificada”*, hubieran prestado servicio por 15 años o más. No contemplaba como causal de retiro con derecho al reconocimiento de asignación de retiro la *separación en forma absoluta del servicio*.

Así las cosas, encuentra la Sala que armonizando lo dispuesto por los artículos 163 inciso primero del decreto ley 1211 de 1990 –*norma anterior*- y 2o. y 14, inciso primero y parágrafo primero del decreto ley 4433 de 2004, se puede concluir que:

(i) En vigencia del artículo 163 del decreto ley 1211 de 1990 los oficiales y suboficiales retirados del servicio activo por *inasistencia al servicio por más de 10 días sin causa justificada*, tenían derecho al pago por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares de la asignación mensual de retiro en los términos fijados en la norma, siempre y cuando hubieran cumplido 15 años o más de servicio.

(ii) Para que este derecho le fuera reconocido una vez en vigencia el decreto ley 4433 de 2004, se hacía necesario que a esa fecha -*31 de diciembre de 2004, Diario Oficial No.45778*- el oficial o suboficial respectivo hubiera cumplido la totalidad de los requisitos exigidos por el decreto ley 1211 de 1990 para acceder a la respectiva asignación, esto es:

- a. que hubiera sido retirado por inasistencia al servicio por más de 10 días sin causa justificada
- b. que al momento del retiro tuviera 15 años o más de servicio

Sin que el sólo hecho de tener los 15 años de servicio fuera suficiente para obtener el derecho al reconocimiento de la referida asignación.

(iii) Sólo quien se ajustara a los dos requerimientos antes señalados podía acceder a las garantías previstas en el artículo 2o. del decreto ley 4433 y por tanto se haría acreedor al reconocimiento de la asignación mensual de retiro en los términos del artículo 163 del decreto ley 1211 de 1990.

(iv) En cuanto a la figura de la *separación absoluta del servicio* cabe anotar que el artículo 163 del decreto ley 1211 de 1990 no la consideraba como causal de retiro que permitiera acceder al reconocimiento de la respectiva asignación, razón por la cual frente a ella no es posible plantear el tema de los derechos adquiridos a que se refiere el artículo 2o. del decreto ley 4433 de 2004.

(v) En vigencia el decreto ley 4433 de 2004, no existe la posibilidad de que un oficial o suboficial que sea retirado por inasistencia al servicio por más de 10 días sin causa justificada, tenga derecho al reconocimiento de la asignación mensual de retiro, independientemente del tiempo que llevare vinculado a la institución, por no haberlo contemplado así la norma.

(vi) Lo que sí procede al tenor del inciso primero del artículo 14 del decreto ley 4433 de 2004, es el reconocimiento de la asignación mensual de retiro para quien sea separado del servicio en forma absoluta siempre y cuando haya cumplido 20 años de servicio al momento del retiro, caso en el cual dicho reconocimiento se hará en los términos establecidos en el citado artículo 14.

En consideración a lo antes expuesto, procede la Sala a resolver los interrogantes formulados en este punto, teniendo en cuenta que los mismos obedecen a las inquietudes que le asisten al consultante en relación con “*el reconocimiento de asignación de retiro del personal de oficiales y suboficiales **retirados en vigencia** del Decreto 4433 de 2004, por la causal de inasistencia al servicio por más de 10 días y aquellos retirados por separación absoluta*”, según lo afirmado en el texto de la consulta. (Negrillas fuera de texto).

En tal virtud, la Sala **RESPONDE:**

“1. ¿Es procedente el reconocimiento de Asignación de Retiro del personal militar retirado por inasistencia al servicio por más de 10 días, que a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, contaba con un tiempo mínimo de 15 años?”.

No es procedente reconocer la asignación de retiro al personal militar retirado en vigencia del decreto ley 4433 de 2004, por inasistencia al servicio por más de diez días, toda vez que el artículo 14 del decreto ley en cita no considera esta situación como causal de retiro que otorgue el derecho al referido reconocimiento, así dicho personal contara con un tiempo mínimo de 15 años de servicio.

“2. ¿Es procedente el reconocimiento de Asignación de Retiro del personal militar retirado por separación absoluta con un tiempo inferior a 20 años de servicio pero que a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, contaba con un tiempo de servicio de 15 años?”.

No es procedente el reconocimiento de Asignación de retiro al personal militar retirado en vigencia del decreto ley 4433 de 2004 por separación absoluta con un tiempo inferior a 20 años de servicio, por no reunir los requisitos exigidos en el inciso primero del artículo 14 ibídem.

2. RECONOCIMIENTO DE ASIGNACION DE RETIRO DEL PERSONAL UNIFORMADO DE LA POLICIA NACIONAL QUE HA SIDO RETIRADO DEL SERVICIO POR DESTITUCION O INHABILIDAD SOBREVINIENTE

2.1 Antecedentes

En la consulta se indaga acerca de la posibilidad de que a los oficiales, suboficiales, agentes y personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional se les reconozca asignación de retiro cuando son retirados del servicio por destitución o por la configuración de una inhabilidad sobreviniente, caso este último en el que, concretamente, el consultante se refiere a las inhabilidades previstas en los artículos 38 –*numeral 2o.*- de la ley 734 de 2002 y 6o. de la ley 190 de 1995.

2.2. De la destitución como causal de retiro del servicio de los oficiales, suboficiales, personal del nivel ejecutivo y agentes de la Policía Nacional

De conformidad con lo dispuesto por el decreto ley 1791 de 2000 “Por el cual se modifican las normas de carrera de personal de Oficiales, Nivel ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional” y por la ley 857 de 2003 “Por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y se modifica en lo pertinente a este asunto, el Decreto ley 1791 de 2000”, **el retiro** es la situación por la cual el personal de oficiales, suboficiales, nivel ejecutivo y agentes de la Policía Nacional, sin perder el grado, cesa en la obligación de prestar servicio. (Art. 54 decreto ley 1791/00 y art. 1o. ley 857/03).

Dicho retiro se produce por unas causales taxativamente establecidas en los artículos 55 del decreto ley 1791 de 2000 y 2o. de la ley 857 de 2003, a saber:

“DECRETO LEY 1791 DE 2000:

ARTICULO 55. CAUSALES DE RETIRO. *El retiro se produce por las siguientes causales:*

1. *Por solicitud propia*
2. *Por llamamiento a calificar servicios*
3. *Por disminución de la capacidad psicofísica*
4. *Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez*
5. **Por destitución**
6. *Por voluntad del Ministro de Defensa Nacional, o la Dirección General de la Policía Nacional por delegación, para el nivel ejecutivo y los agentes.*
7. *Por no superar la escala de medición del Decreto de Evaluación del Desempeño Policial*
8. *Por incapacidad académica*
9. *Por desaparecimiento*
10. *Por muerte”. (Negrillas fuera de texto).*

“LEY 857 DE 2003:

ARTICULO 2o. CAUSALES DE RETIRO. *Además de las causales contempladas en el Decreto ley 1791 de 2000, el retiro para los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, procederá en los siguientes eventos:*

4. *Por llamamiento a calificar servicios*
5. *Por voluntad del Gobierno Nacional en el caso de los Oficiales, o del Director General de la Policía Nacional, en el caso de los Suboficiales*
6. *Por incapacidad académica”.*

En cuanto a la *destitución*, cabe señalar que ésta consiste en “la privación del cargo público que realiza la autoridad disciplinaria competente como consecuencia de un procedimiento que demuestra una grave responsabilidad disciplinaria”⁵, es una sanción que se impone por el incumplimiento de los deberes propios del cargo o por incurrir en faltas disciplinarias catalogadas como graves.

Al respecto, es de anotar que de acuerdo con lo prescrito en el artículo 38, numeral 1o. de la ley 1015 de 2006 “Por medio de la cual se expide el Régimen

⁵ Definición dada por la Corte Constitucional en sentencia C-1212 de 2001.

Disciplinario de la Policía Nacional", la destitución "consiste en la terminación de la relación del servidor público con la Institución Policial" y comporta la Inhabilidad General que "implica la imposibilidad para ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera".

Precisamente dadas las consecuencias que comporta la destitución del cargo, el decreto ley 1791 de 2000 la consagró en su artículo 55, como una de las modalidades de retiro del servicio.

2.3. Inhabilidades sobrevinientes

Las inhabilidades, en términos generales, son prohibiciones establecidas por el legislador para acceder a la función pública, tienen por finalidad preservar la pulcritud de la administración, garantizar que los servidores públicos sean ciudadanos de comportamiento ejemplar y evitar que sus intereses personales se involucren en el manejo de los asuntos de la comunidad, comprometiendo la imparcialidad, moralidad, igualdad y eficiencia de la administración.

El artículo 37 de la ley 734 de 2002, Código Disciplinario Unico, se refiere a la inhabilidades sobrevinientes como aquellas que *"se presentan cuando al quedar en firme la sanción de destitución e inhabilidad general o la de suspensión e inhabilidad especial o cuando se presente el hecho que las generan el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción"*. Evento en el cual, advierte la norma, se debe comunicar al actual nominador para que proceda a hacer efectivas sus consecuencias.

Por su parte, el numeral 2o. del artículo 38 de la ley 734 de 2002, consagra la siguiente inhabilidad sobreviniente:

"ARTICULO 38. OTRAS INHABILIDADES. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

...

2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.

..."

Respecto de esta inhabilidad la Corte Constitucional en sentencia C-544 de 2005 dijo:

"La inhabilidad que ocurre como consecuencia de haberse interpuesto la tercera sanción disciplinaria en cinco años surge, no como una nueva sanción, sino como una medida de protección de la Administración, que pretende evitar el acceso a sus cargos de personas que han demostrado una manifiesta incompetencia en el manejo de los negocios que se les encomiendan".

Así mismo y como complemento de antes expuesto el artículo 6o. de la ley 190 de 1995, *"por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública"*, señala:

“ARTICULO 6o. En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio.

Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto final a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar”.

La Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del inciso segundo de la norma transcrita, en sentencia C-038 de 1996 precisó:

“8. La Corte considera que es importante efectuar una distinción. Si la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, se originan en causas imputables al dolo o culpa del nombrado o al funcionario, no cabe duda de que la norma examinada es inconstitucional. Los principios en los que se basa la función pública, quedarían sacrificados si no se optara, en este caso, por el retiro inmediato del funcionario o la negativa a posesionarlo.

Si por el contrario, en la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, no se ha incurrido por el dolo o culpa del nombrado o al funcionario, y siempre que éstos en sus actuaciones se ciñan a la ley y eviten los conflictos de interés, puede considerarse razonable que se disponga de un término de tres meses para poner fin a la situación. De esta manera se preserva el derecho al trabajo, su estabilidad, y el acceso al servicio público, sin que por este hecho se coloque a la administración en trance de ver subvertidos sus principios medulares”.

De lo anterior se infiere, que si a un miembro del personal de la Policía Nacional, estando en el ejercicio de sus funciones, le sobreviene una inhabilidad como la descrita en el numeral 2o. del artículo 38 de la ley 734 de 2002, lo que procede es su desvinculación de la institución, no como sanción sino como una medida de protección para la administración, según lo manifestado por la Corte Constitucional al efectuar el análisis de constitucionalidad de dicha norma.

2.4. Asignación de retiro para oficiales, suboficiales, personal del nivel ejecutivo y agentes de la Policía Nacional

Por medio de las disposiciones contenidas en el decreto ley 4433 de 2004 se estableció el régimen pensional y de asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, así como el del personal del nivel ejecutivo y agentes de la misma.

El decreto ley 4433 de 2004 precisa las causales de retiro del servicio que dan origen al reconocimiento de la asignación de retiro a los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional en actividad (artículo 24) y a los oficiales y personal ejecutivo de la misma que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del mencionado decreto ley (artículo 25), en los siguientes términos:

“ARTICULO 24. ASIGNACION DE RETIRO PARA EL PERSONAL DE OFICIALES, SUBOFICIALES Y AGENTES DE

LA POLICIA NACIONAL EN ACTIVIDAD. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sean retirados después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda, y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con más de 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 Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

...

Parágrafo 1o. Los Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieren quince (15) o más años de servicio, que sean retirados por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, según corresponda, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

...”

“ARTICULO 25. ASIGNACION DE RETIRO PARA EL PERSONAL DE LA POLICIA NACIONAL. Los Oficiales y el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y que sean retirados del servicio activo después de veinte (20) años, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) 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 Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro, así:

...

Parágrafo 1o. También tendrán derecho al pago de asignación mensual de retiro, en las condiciones previstas en este artículo, los oficiales, y los miembros del Nivel Ejecutivo que se retiren por solicitud propia, siempre y cuando tengan veinte (20) años de servicio a la Policía Nacional, y hayan cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad los hombres y cincuenta (50) años de edad las mujeres.

Parágrafo 2o. El personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional en servicio activo que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, sea retirado con veinte (20) años o más de servicio por llamamiento a calificar servicios, o por voluntad del Ministro de Defensa Nacional o del Director General de la Policía por delegación, o por disminución de la capacidad psicofísica, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) 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 Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, se les pague una asignación mensual de retiro

equivalente a un setenta y cinco por ciento (75%) del monto de las partidas de que trata el artículo 23 de este decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio y un dos por ciento (2%) más, por cada año que exceda de los veinte (20), sin que en ningún caso sobrepase el ciento por ciento (100%) de tales partidas”.

Del contenido de las normas transcritas se tiene que para que a los oficiales, suboficiales, agentes y personal ejecutivo de la Policía Nacional se les reconozca asignación mensual de retiro, se requiere que el retiro del servicio de los mismos se produzca por alguna de las siguientes causales:

- *llamamiento a calificar servicios,*
- *disminución de la capacidad psicofísica,*
- *por voluntad del Gobierno Nacional o de la Dirección General de la Policía,*
- *retiro a solicitud propia, o*
- *separación en forma absoluta del servicio, después de 25 años de servicio.*

Sin que para dicho reconocimiento se tenga en cuenta el retiro por destitución o por inhabilidad sobreviniente.

2.5. Conclusión

En este orden y como quiera que ni *la destitución* ni *la inhabilidad sobreviniente* de que habla el numeral 2o. del artículo 38 de la ley 734 de 2002 están contempladas en los artículos 24 y 25 del decreto ley 4433 de 2004, como causales de retiro que otorguen derecho al reconocimiento de la asignación de retiro para los oficiales, suboficiales, personal del nivel ejecutivo y agentes de la Policía Nacional, no podrá concederse el reconocimiento de dicha prestación a quienes hayan sido retirados del servicio por alguna de esas circunstancias.

SE RESPONDE:

“1. ¿Es procedente el reconocimiento de Asignación de Retiro al personal que es retirado de la institución por la causal de destitución o por la configuración de una inhabilidad sobreviniente, a pesar de no encontrarse previstas estas causales en el Decreto 4433 de 2004? En qué condiciones?”.

No es procedente el reconocimiento de asignación mensual de retiro al personal de oficiales, suboficiales, agentes y personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, cuyo retiro obedezca al hecho de haber sido destituido del cargo, o respecto del cual se haya configurado una inhabilidad sobreviniente, por no aparecer estas figuras previstas en los artículos 24 y 25 del decreto ley 4433 de 2004 como causales de retiro que den origen al pago de la referida prestación.

3. RECONOCIMIENTO DE LA PARTIDA DE SUBSIDIO FAMILIAR A DOS CONYUGES CON DERECHO A ASIGNACION DE RETIRO

3.1. Antecedentes

El asunto que plantea la consulta guarda relación con la posibilidad de “determinar si en el caso de dos cónyuges militares retirados antes del 01 de enero de 2005, se les puede reconocer la partida de subsidio familiar a cada uno de ellos dentro de la asignación de retiro, por el mismo núcleo familiar, por fuera del campo de aplicación del artículo 83 del Decreto Ley 1211 de 1990, siendo oportuno precisar que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, debe tener en cuenta el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro que cada uno recibe”.

3.2. Subsidio familiar

El legislador en el artículo 1o. de la ley 21 de 1982 definió el subsidio familiar como una prestación social pagadera en dinero, especie y servicios a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, cuyo objetivo fundamental consiste en aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia como núcleo básico de la sociedad.

El subsidio familiar ha sido reconocido por la Corte Constitucional como una prestación derivada del derecho a la seguridad social. En efecto, la Sentencia C-508/97, se refirió a la naturaleza de esta prestación en los siguientes términos:

*“El subsidio familiar en Colombia 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. Los medios para la consecución de este objetivo son básicamente el reconocimiento de un subsidio en dinero a los trabajadores cabeza de familia que devengan salarios bajos, **subsidio que se paga en atención al número de hijos**; y también en el reconocimiento de un subsidio en servicios, a través de programas de salud, educación, mercadeo y recreación.*

...

Los principios que lo inspiraron y los objetivos que persigue, han llevado a la ley y a la doctrina a definir el subsidio familiar como una prestación social legal, de carácter laboral. Mirado desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone, derivada del contrato de trabajo. Así mismo, el subsidio familiar es considerado como una prestación propia del régimen de seguridad social”. (Negrillas fuera de texto).

3.3. Situación fáctica planteada

Para efectos de analizar el caso formulado en la consulta, es importante tener en cuenta que los dos cónyuges a que alude la misma fueron retirados antes del 31 de diciembre de 2004, razón por la cual su caso deberá ser estudiado al amparo de las normas que regían para esa época, esto es, el decreto ley 1211 de 1990, toda vez que el decreto ley 4433 de 2004 “por el cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”, que subroga algunas de las disposiciones contenidas en el decreto ley 1211 atinentes a la asignación de retiro, empezó a regir el 31 de diciembre de 2004 fecha en que fue publicado en el Diario Oficial 45778.

3.4. Reconocimiento de subsidio familiar a cónyuges con asignación de retiro

Hecha la anterior aclaración, se tiene que el **decreto ley 1211 de 1990** “Estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares”, establece en el artículo 158 los conceptos sobre los cuales se han de liquidar las prestaciones del personal de oficiales y suboficiales retirados del servicio en vigencia del mismo Estatuto. Al respecto señala:

“ARTICULO 158. LIQUIDACION PRESTACIONES. Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así:

- Sueldo básico.
- Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.
- Prima de antigüedad.
- Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto.
- Duodécima parte de la prima de Navidad.
- Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.
- Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.
- Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidará conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.**

PARAGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales”. (Negrillas fuera de texto).

De la norma transcrita se desprende que para efectos de la liquidación de la asignación de retiro del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, se debe incluir la partida correspondiente al *subsidio familiar*, sin que el total por dicho concepto sobrepase el 47% del respectivo sueldo básico.

Sobre el **reconocimiento del subsidio familiar**, dispone el decreto ley 1211 de 1990:

“ARTICULO 79. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho al pago de un subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre su sueldo básico, así:

- a. Casados el treinta por ciento (30%), más los porcentajes a que se tenga derecho conforme al literal c. de este artículo.
- b. Viudos, con hijos habidos dentro del matrimonio por los que exista el derecho a devengarlos, el treinta por ciento (30%), más los porcentajes de que trata el literal c. del presente artículo.

c. Por el primer hijo el cinco por ciento (5%) y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que se sobrepase por este concepto del diecisiete por ciento (17%).

PARAGRAFO. El límite establecido en el literal c. de este artículo no afectará a los Oficiales y Suboficiales que por razón de hijos nacidos con anterioridad al 31 de octubre de 1969, estuviesen disfrutando o tuviesen derecho a disfrutar, de porcentajes superiores al diecisiete por ciento (17%), ya que en esa fecha tales porcentajes fueron congelados sin modificación.

PARAGRAFO 2. La solicitud de reconocimiento o aumento del subsidio familiar, deber hacerse dentro de los noventa (90) días siguientes al hecho que la motive; las que se eleven con posterioridad al plazo antes fijado, tendrán efectos fiscales a partir de la fecha de su presentación”.

La anterior disposición regula el derecho al pago del subsidio familiar para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, y establece que debe ser liquidado sobre el sueldo básico en un porcentaje determinado según el estado civil y el número de hijos. Así para el asunto que nos ocupa, en tratándose de cónyuges, prevé el 30 %, más los porcentajes a que se tenga derecho según el número de hijos, esto es, por el primer hijo 5% y un 4% por cada uno de los demás, sin que por este concepto se pueda sobrepasar el 17%, es decir, el tope máximo por este concepto es de 47%.

El artículo 79 del decreto ley 1211 de 1990 fue repetido en su contenido por el artículo 49 del decreto ley 1214 de 1990, “por el cual se reforma el Estatuto y el Régimen Prestacional del **Personal Civil** del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional”, el que a su vez fue modificado respecto al estado civil de las personas beneficiarias del subsidio, por el artículo 111 del decreto reglamentario 1029 de 1994.

La Corte Constitucional en sentencia C-1002 del 2007, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 49 del decreto ley 1214 de 1990 dijo:

“(…) después de la entrada en vigencia de la actual Constitución el Congreso Nacional expidió la Ley 4a. de 1992, a través de la cual se establecen las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, entre otros. En desarrollo de las normas generales consagradas en la Ley 4a. de 1992, el Gobierno profirió el Decreto Reglamentario de ley marco 1029 de 1994 en cuyo artículo 111 estableció lo siguiente:

‘Artículo 111. Reconocimiento derechos prestacionales.

A partir de la vigencia de este Decreto, los derechos consagrados en los Decretos Ley números **1211**, 1212, 1213 y **1214 de 1990**, para el cónyuge y los hijos de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, se reconocerán y pagarán a la familia, de conformidad con la definición contenida en el artículo 110 de este Decreto’
(Subraya la Corte)

De su parte, el artículo 110 del mencionado decreto 1029 de 1994 es del siguiente tenor:

‘Artículo 110. Definiciones. Para los efectos legales de este estatuto se entiende por:

Familia. Es la constituida por el cónyuge o compañero permanente del miembro del nivel ejecutivo, lo mismo que por sus hijos menores de veintiún (21) años, los estudiantes hasta la edad de veinticuatro (24) años y los hijos inválidos absolutos siempre y cuando unos y otros dependan económicamente del miembro del nivel ejecutivo. (...)

Por su parte, el artículo 114 de este mismo Decreto derogó todas las disposiciones que le fueran contrarias al disponer lo siguiente:

‘Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias”.

Así pues, el artículo 111 del Decreto 1029 de 1994 modificó el artículo 49 del Decreto 1214 de 1990, a fin de extender el reconocimiento del subsidio de que trata esta última disposición, a los servidores públicos que hubieren constituido una familia mediante la unión marital de hecho. Por lo tanto, hoy en día la norma parcialmente acusada, esto es el literal b) del artículo 49 mencionado, debe entenderse referido no solamente a los viudos con hijos habidos dentro del matrimonio, sino también a los servidores públicos que formaron una familia por vínculos naturales y procrearon hijos dentro de ella”. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Por su parte, los artículos 80 y 81 del decreto ley 1211 de 1990 se refirieren a los casos de disminución y extinción del subsidio familiar y el artículo 82 a los conceptos que originan descuento de la referida prestación.

El artículo 83 del mencionado decreto ley 1211 dispone la **prohibición del pago doble del subsidio familiar** en los siguientes términos:

“ARTICULO 83. PROHIBICION PAGO DOBLE SUBSIDIO FAMILIAR. En ningún caso habrá lugar al reconocimiento de doble subsidio familiar. Cuando el cónyuge del Oficial o Suboficial preste sus servicios en el Ministerio de Defensa el subsidio familiar se reconocerá al cónyuge que perciba mayor asignación básica, si ésta fuere igual, recibirá el subsidio quien acredite mayor tiempo de servicio al Ministerio de Defensa.

PARAGRAFO. El Oficial o Suboficial cuyo cónyuge preste servicio en otra entidad oficial, para tener derecho al subsidio familiar pagado por el Ministerio de Defensa, deberá acreditar que su cónyuge ha renunciado a dicha prestación en la entidad en donde trabaja, mediante certificación expedida por esta última”.

La norma precisa que en ningún caso habrá lugar al reconocimiento doble del subsidio familiar y establece las condiciones bajo las cuales éste será reconocido **cuando el cónyuge** del oficial o suboficial **preste sus servicios** en el Ministerio de Defensa; al efecto señala:

- a. El subsidio familiar se reconocerá al cónyuge que devengue mayor asignación básica
- b. En caso de que la asignación sea igual, lo recibirá quien acredite estar vinculado al servicio del Ministerio de Defensa por mayor tiempo

Nótese como la citada norma parte del supuesto de que los **dos cónyuges se encuentran en servicio activo** al momento en que se solicita el reconocimiento del subsidio.

A su vez, artículo 161 del decreto ley 1211 de 1990 se refiere al **carácter inmodificable que adquiere la partida del subsidio familiar una vez ha sido incluida en la liquidación de la asignación de retiro**, así:

“ARTICULO 161. COMPUTO PARTIDA SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente decreto, la partida de subsidio familiar que se haya incluido o se incluya para la liquidación de las asignaciones de retiro y pensiones a que se refiere el artículo 158 de este estatuto, no sufrirá variaciones de ninguna especie. Tampoco habrá lugar a la inclusión y modificación de dicha partida por hechos ocurridos con posterioridad al retiro del Oficial o Suboficial.

Lo anterior no obsta para que en cualquier tiempo se ordene la inclusión, el aumento, disminución o extinción de la partida de subsidio familiar como factor de liquidación de la respectiva asignación de retiro o pensión, cuando se compruebe que al Oficial o Suboficial se le venía considerando un porcentaje diferente al que legalmente le correspondía”.

En relación con el transcrito artículo 161, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia dictada el 13 de febrero de 1997 dentro del proceso No. 11.869, dijo:

*“De tal manera, que cuando la partida de subsidio familiar sea incluida para la liquidación de las asignaciones de retiro y pensiones, en el futuro no podrá ser modificada ni aún por hechos ocurridos con posterioridad al retiro del beneficiario, **por cuanto dejó de ser percibida con el carácter de subsidio al haberse transformado en factor prestacional.***

En consecuencia, la pensión así liquidada adquiere la calidad de inmodificable hacia el futuro así varíen las circunstancias de hecho que hicieron posible su reconocimiento”. (Negrillas de la Sala).

Del marco normativo antes expuesto, se infiere que en el régimen prestacional de las Fuerzas Militares, el *subsidio familiar* constituye uno de los factores a incluir al momento de liquidar la asignación de retiro que se ha de reconocer a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, sin que el total por dicho concepto pueda sobrepasar el 47% del respectivo sueldo básico.

Ahora bien, como el régimen analizado establece la prohibición del pago por partida doble del subsidio familiar cuando los dos cónyuges son servidores activos

del Ministerio de Defensa, y en el texto de la consulta no se precisaron las circunstancias que rodearon el retiro de los dos servidores a que alude la misma, la Sala considera necesario plantear las hipótesis que al respecto pueden haberse presentado:

(i) Los dos cónyuges prestaban en la misma época sus servicios al Ministerio de Defensa, evento en el cual de acuerdo con la prohibición establecida por el legislador, sólo uno podía percibir dicho subsidio, el que devengara el sueldo más alto o en el caso de que los dos percibieran la misma asignación, el que hubiera acreditado mayor tiempo de servicio en el Ministerio.

(ii) Si los dos cónyuges se retiraron al mismo tiempo, es decir, simultáneamente, el subsidio familiar constituye partida de liquidación de la asignación de retiro solamente respecto de quien en ejercicio del servicio venía devengándolo; en la asignación de retiro del otro cónyuge no podía liquidarse el subsidio familiar por cuanto no era beneficiario del mismo.

(iii) Si se retiró el cónyuge que percibía el subsidio, como antes quedó dicho, para la liquidación de su asignación de retiro debió incluirse como factor de la misma el subsidio familiar, el cual a partir del reconocimiento de la asignación pierde su carácter de prestación social para convertirse en factor prestacional, como lo ha señalado la Sección Segunda de esta Corporación⁶. Precisamente, esta modificación del carácter del subsidio familiar, lleva a la prohibición de variar el porcentaje con que fue incluido el subsidio en la liquidación de la respectiva asignación, a menos de que se compruebe que al Oficial o Suboficial, se le venía considerando un porcentaje diferente al que legalmente le correspondía.

(iv) Si el cónyuge que no recibía el subsidio familiar, continuó laborando en el Ministerio de Defensa después de retirado su esposo o esposa, tiene derecho a que se le reconozca dicha prestación de conformidad con lo previsto por las normas que regulan la materia en relación con el número de hijos y la edad de los mismos.

Lo anterior, por cuanto no existe norma legal que prohíba tal reconocimiento al cónyuge que continúa en el servicio y porque, en criterio de la Sala, no puede hacerse extensiva a él la prohibición para el pago doble del subsidio familiar que se aplica cuando los dos cónyuges están en servicio activo.

(v) De igual forma, en el caso del cónyuge que se retiró de último, éste tiene derecho a que el subsidio familiar que percibía se le liquide como un factor prestacional para el reconocimiento de su asignación de retiro, en el porcentaje que se encontraba reconocido a la fecha de su desvinculación, conforme a lo dispuesto en el citado artículo 79 del decreto ley 1211 de 1990, siempre que ese concepto no sobrepase el 47% del respectivo sueldo básico.

En este punto es necesario precisar que el tope porcentual del 47% que establecen los artículos 79 y 158 de decreto ley 1211 de 1990, es para cada uno de los oficiales o suboficiales a quienes se les reconozca la asignación de retiro, sin que pueda deducirse del contenido de tales disposiciones que las mismas están fijando un tope máximo común para la inclusión de dicho factor en la liquidación de las asignaciones de los dos cónyuges. Como señala el principio general de derecho, cuando el legislador no diferencia no le es dado hacerlo al intérprete.

⁶ Sentencia del 13 de febrero de 1997, radicado No. 11.869 y Sentencia del 19 de junio de 1998, radicado No. 17.338.

Para el caso que se analiza en este punto, en el evento de no habersele incluido como factor de liquidación de la respectiva asignación de retiro el subsidio familiar que venía percibiendo el cónyuge que se retiró de último, éste podrá elevar la respectiva solicitud en cualquier momento al tenor de lo prescrito en el inciso segundo del artículo 161 de decreto ley 1211 de 1990 que señala:

“ARTICULO 161. COMPUTO PARTIDA SUBSIDIO FAMILIAR. ...

*Lo anterior no obsta **para que en cualquier tiempo se ordene la inclusión, el aumento, disminución o extinción de la partida de subsidio familiar como factor de liquidación de la respectiva asignación de retiro o pensión, cuando se compruebe que al Oficial o Suboficial se le venía considerando un porcentaje diferente al que legalmente le correspondía**”.* (Negrillas de la Sala).

En igual sentido se refiere el inciso segundo del artículo 5o. del decreto ley 4433 de 2004, norma que subrogó el referido artículo 161, que a la letra dice:

“ARTICULO 5o. ...

*Lo anterior no obsta **para que en cualquier tiempo se ordene la inclusión, el aumento, disminución o extinción de la partida de subsidio familiar como factor de liquidación de la respectiva asignación de retiro o pensión, cuando se compruebe que al Oficial, Suboficial o Agente se le venía considerando un porcentaje diferente al que legalmente le correspondía**”.* (Negrillas de la Sala).

La Sala, en consideración a lo expuesto en este acápite,

RESPONDE:

“1. ¿En el caso de dos cónyuges militares retirados antes del 01 de enero de 2005 y con derecho a asignación de retiro, la Caja de Retiro debe tener en cuenta el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro que cada uno recibe?”.

“2. ¿La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares puede reconocer la partida de Subsidio Familiar a ambos cónyuges militares en retiro, por el mismo núcleo familiar sin tener en cuenta la expresión ‘En ningún caso habrá lugar al reconocimiento de doble subsidio familiar. Cuando el cónyuge del Oficial o Suboficial preste sus servicios en el Ministerio de Defensa’ contenida en el artículo 83 del Decreto Ley 1211 de 1990?”.

En el caso de dos cónyuges que se encontraban laborando al mismo tiempo en el Ministerio de Defensa, y posteriormente se retiraron, se debe precisar:

(i) si el retiro fue simultáneo, sólo tendrá derecho a que se le compute lo que venía percibiendo por concepto de subsidio familiar para el reconocimiento de la

respectiva asignación de retiro, el oficial o suboficial que venía recibiendo dicha prestación.

(ii) Si el retiro no fue simultáneo, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares debe incluir en la liquidación de las respectivas asignaciones, la partida que por subsidio familiar percibía cada uno de los cónyuges al momento de su retiro y en el porcentaje que se encontraba reconocido a esa fecha.

“3. ¿En caso de no ser aplicable para la asignación de retiro, la prohibición del doble pago del subsidio familiar, debe la entidad efectuar el reconocimiento y pago de la partida de subsidio familiar a los dos cónyuges, hasta el tope máximo establecido en el artículo 79 del Decreto Ley 1211 de 1990, que es del 47% para cada uno, o hasta el 47% entre los dos cónyuges, teniendo en cuenta que en algunos de los casos los cónyuges traen reconocido un porcentaje?”

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares debe efectuar el reconocimiento y pago de la partida de subsidio familiar a los dos cónyuges, hasta el tope máximo establecido en los artículos 79 y 158 del decreto ley 1211 de 1990, esto es, el 47% del respectivo sueldo básico para cada uno.

“4. Igualmente en el evento de determinarse la viabilidad del reconocimiento de la partida de subsidio familiar para cada uno de los cónyuges ¿a partir de qué fecha debería realizarse el reconocimiento de la partida de subsidio familiar, teniendo en cuenta el fenómeno de la prescripción, debiendo precisar, si resulta aplicable el término previsto en el decreto ley 1211 de 1990 o en el Decreto 4433 de 2004?”

La inclusión de la partida de subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro procede en cualquier momento, de conformidad con lo previsto en el inciso segundo de los artículos 161 del decreto ley 1211 de 1990 y 5o. del decreto ley 4433 de 2004.

4. SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO DE PENSION DE JUBILACION DEL REGIMEN EXCEPTUADO CONTENIDO EN EL DECRETO LEY 1214 DE 1990, EN VIRTUD DEL REGIMEN DE TRANSICION PREVISTO EN EL ARTICULO 36 DE LA LEY 100 DE 1993.

4.1. Antecedentes

El asunto que en este punto se plantea guarda relación con las solicitudes presentadas ante el Ministerio de Defensa por quienes al entrar en vigencia la ley 100 de 1993 prestaban sus servicios como militar o policía y se retiraron con asignación de retiro en vigencia de la referida ley 100, pero continuaron laborando como personal Civil al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, y pretenden que en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 se les reconozca pensión de jubilación en los términos consagrados en el decreto ley 1214 de 1990.

Al respecto en la consulta se dice:

“Reiterando que tan sólo en vigencia de la ley 100 de 1993, se desvinculan del servicio en su condición de Militar o de Policía, y después de transcurridos varios años y afiliarse al sistema general de pensiones conforme lo dispone su artículo 13, argumentan ser personal civil regido por el Decreto 1214 de 1990, norma exceptuada y aplicable a los Civiles del Ministerio de Defensa Nacional que se encontraban en esa calidad cuando se expidió el Régimen General de Seguridad Social. Siendo importante resaltar que el status de militar o policía sólo termina con la desvinculación, y no es posible optar entre asignación de retiro o sueldo de retiro en calidad de Militar o Policía, o pensión de jubilación bajo los parámetros del Decreto 1214 de 1990, no siendo Civil al momento del retiro.

Ahora bien, si la desvinculación como Militar o Policía se realizó bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993, es imposible pretender estar cobijado por el régimen de transición del artículo 36 de la citada ley; pues en primer lugar, se les respetaron sus derechos adquiridos y no por este artículo, sino por una norma posterior que la exceptúa y que prevalece, el artículo 279 de la referida ley, la que permite la aplicación de los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990 para el personal Militar o Policial; y en segundo lugar, se indica que una vez desvinculados como militares o policiales en vigencia de la Ley 100 de 1993, se vinculan al Sistema General de Seguridad Social, realizando cotizaciones a las Administradoras de Fondos de Pensiones, acogiéndose al sistema en su integridad, como también lo señala el artículo 36 ...

En tercer lugar, para sostener que se está en régimen de transición y por lo tanto le eran aplicables normas anteriores que le son más favorables por haber reunido los requisitos que en ella se señalan como lo son los del Decreto 1214 de 1990 cuya aplicación se solicita, debe probarse el hecho de que era civil al momento en que entró a regir el Sistema General de Seguridad Social, hecho que se desvirtúa porque para esa época eran Militares o Policiales al servicio de las Fuerzas Militares, y se regían en aspectos salarial, prestacional y disciplinario por normas especiales que tienen un sustento constitucional, entre otros, en el artículo 217 de la Constitución Política, así como en los Decretos Nos. 1211, 1212 y 1213 de 1990 y 1790 y 1791 de 2000, por lo que mal podría afirmarse la inaplicabilidad de la norma más favorable que los regía, pues como ya se ha dicho, era además un régimen exceptuado y por ello se reconoció la prestación social de asignación de retiro que es propia del régimen prestacional de la Fuerza Pública”.

Desde el punto de vista fáctico el Ministerio de Defensa ha venido negando las pensiones de jubilación reclamadas con fundamento en el Decreto 1214 de 1990, a aquellas personas cuya vinculación **en calidad de Civil**, ocurrió después de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, argumentando que de conformidad con su artículo 279, dicho personal debe someterse al régimen contemplado en la referida ley.

Vistos los anteriores antecedentes procede la Sala a revisar las disposiciones que regulan el reconocimiento de asignaciones de retiro y pensiones, tanto para el

personal de militares o policías, como para el personal Civil que presta sus servicios en el Ministerio de Defensa.

4.2. Sistemas para el cómputo de tiempo y forma de pago de la asignación de retiro y demás prestaciones sociales.

4.2.1. Decreto ley 1211 de 1990, Estatuto de Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares

Por medio de este Estatuto se regula la carrera profesional de los **Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y sus prestaciones sociales**. En su artículo 163 *-que fue objeto de análisis en el presente concepto-* establece el tiempo y las circunstancias que dan origen al reconocimiento de la **asignación de retiro** de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo durante la vigencia del referido decreto.

En cuanto a la **forma de pago** de las asignaciones de retiro y de las pensiones, el decreto ley 1211 de 1990 en su artículo 175, consagra:

“DECRETO LEY 1211 DE 1990.

Artículo 175. FORMA DE PAGO DE ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIONES. *Las asignaciones de retiro y pensiones militares se pagarán por mensualidades vencidas durante la vida del agraciado y son compatibles con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos, incluidos los correspondientes a la actividad militar por movilización o llamamiento colectivo al servicio.*

Las asignaciones de retiro y las pensiones militares son incompatibles entre sí y no son reajustables por servicios prestados a entidades de derecho público; igualmente son incompatibles con las pensiones de invalidez o de retiro por vejez, pero el interesado puede optar por la más favorable.

Las asignaciones de retiro y las pensiones militares son compatibles con las pensiones de jubilación e invalidez provenientes de entidades de derecho público”.

4.2.2. Decreto ley 1212 de 1990, Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional

El decreto ley 1212 de 1990 que regulaba la carrera profesional de los **Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional** fue modificado parcialmente por el decreto ley 1791 de 2000 *“Por el cual se modifican las normas de carrera de Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional”*, cuyo artículo 95 al señalar las normas que derogaba, exceptuó las contenidas en el Título VI del decreto ley 1212 de 1990 referente a Prestaciones Sociales.

El mencionado Título VI del decreto ley 1212 de 1990 estableció en el artículo 144 la asignación de retiro para los oficiales o suboficiales de la Policía Nacional, señalando el tiempo y las circunstancias requeridas para el otorgamiento de la mencionada prestación.

4.2.3. Decreto ley 1214 de 1990. Estatuto y régimen prestacional del personal Civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional

El Estatuto contenido en el decreto ley 1214 de 1990 tiene por objeto regular la administración del **personal Civil que presta sus servicios en el Ministerio de Defensa, la Policía Nacional y en la Justicia Penal Militar** y su Ministerio Público.

Dicho Estatuto **define al personal Civil** del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional **como “las personas naturales que prestan sus servicios en el Despacho del Ministro, en la Secretaría General, en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional”** y excluye de tal condición a las personas que prestan sus servicios en los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, sociedades de economía mixta y unidades administrativas especiales, adscritos o vinculadas al Ministerio de Defensa, de quienes dice se regirán por las normas orgánicas y estatutarias propias de cada organismo (art. 2o.).

Clasifica al personal Civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional en empleados públicos y trabajadores oficiales. Y **define a los empleados públicos como “la persona natural a quien legalmente se le nombre para desempeñar un cargo previsto en las respectivas plantas de personal del Ministerio de Defensa, de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional y toma posesión del mismo, sea cual fuere la remuneración que le corresponda”**. (Arts. 3o. y 4o.).

En el Título VI “Seguridad y Bienestar Social”, Capítulo II “Prestaciones por retiro”, se refiere a la pensión de jubilación en los siguientes términos:

“DECRETO LEY 1214 DE 1990.

ARTICULO 98. PENSION DE JUBILACION POR TIEMPO CONTINUO. *El empleado público del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que acredite veinte (20) años de servicio continuo a éstas, incluido el servicio militar obligatorio, hasta por veinticuatro (24) meses, prestado en cualquier tiempo, tendrá derecho a partir de la fecha de su retiro, a que por el Tesoro Público se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del último salario devengado, cualquiera que sea su edad, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 103 de este Decreto.*

PARAGRAFO. Para los reconocimientos que se hagan a partir de la vigencia del presente Decreto, se entiende por tiempo continuo, aquel que no haya tenido interrupciones superiores a quince (15) días corridos, excepto cuando se trate del servicio militar”.

Para el reconocimiento de la pensión de jubilación de que trata el artículo en cita, **se requiere que confluyan dos condiciones a saber:**

(i) El beneficiario debe tener y haber tenido la calidad de *empleado público*, entendida ésta en los términos previstos por el mismo decreto ley 1214, esto es, la condición de *persona natural* nombrada y posesionada legalmente para desempeñar un cargo como Civil en las plantas de personal del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares o la Policía Nacional, y

(ii) Acreditar veinte años de servicio continuo, es decir, que no hayan existido interrupciones superiores a quince días, salvo en el caso del servicio militar.

A su vez, el legislador previó que dicho reconocimiento podía darse a cualquier edad y, para efectos de contabilizar los veinte años continuos de servicio debía tenerse en cuenta el tiempo durante el cual el beneficiario hubiera prestado el servicio militar obligatorio.

El decreto ley 1214 de 1990 fue modificado parcialmente –salvo las disposiciones relativas a los regímenes pensional, salarial y prestacional- por el decreto ley 1792 de 2000 el cual estableció que “Se entiende por personal civil, para todos los efectos del presente decreto, el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional y el personal no uniformado de la Policía Nacional” y clasificó a los servidores públicos en él referidos como de carrera, de período fijo y de libre nombramiento y remoción.

4.2.4. Decreto ley 4433 de 2004 “por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”.

Conviene en este punto advertir que el artículo 175 del decreto ley 1211 de 1990, fue subrogado por los artículos 35 y 36 del decreto ley 4433 de 2004, **cuyo ámbito de aplicación comprende ya no sólo a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, sino también a los Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional**, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares.

Señalan los artículos 35 y 36 del decreto ley 4433 de 2004:

“DECRETO LEY 4433 DE 2004.

ARTICULO 35. FORMA DE PAGO DE ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIONES. *Las asignaciones de retiro y pensiones previstas en el presente decreto se pagarán por mensualidades vencidas durante la vida del titular”*

“ARTICULO 36. COMPATIBILIDAD DE LA ASIGNACION DE RETIRO Y PENSIONES. *Las asignaciones de retiro y pensiones previstas en el presente decreto son compatibles con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos, incluidos los correspondientes a la actividad militar o policial, por movilización o llamamiento colectivo al servicio y con las pensiones de jubilación e invalidez provenientes de entidades de derecho público.*

Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente decreto son incompatibles entre sí y no son reajustables por servicios prestados a entidades de derecho público, pero el interesado puede optar por la más favorable.

PARAGRAFO. *Solamente tendrán derecho a la prima de especialista del treinta y cinco por ciento (35%) liquidada sobre el sueldo básico mensual, los oficiales técnicos de la Fuerza Aérea provenientes del escalafón de suboficiales técnicos de la Fuerza Aérea que a la fecha de la vigencia del presente decreto tengan reconocida la asignación de retiro”.*

El decreto ley 4433 de 2004, en su artículo 14 se refiere a la asignación de retiro del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares que se encontraban activos al momento de entrar a regir el referido decreto, y en su artículo 15 la prevé para el mismo personal que ingresó al escalafón a partir de la vigencia del decreto en cita. Así mismo, en los artículos 24 y 25 establece la asignación de retiro para el personal de oficiales, suboficiales y Agentes de la Policía Nacional activos al entrar a regir el decreto ley 4433, y para los oficiales y personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresaron al escalafón en vigencia el mencionado decreto, respectivamente.

4.2.5. El régimen prestacional especial de la Fuerza Pública y la ley 100 de 1993

La Constitución Nacional defiere a la ley la determinación de los regímenes especiales de carrera, prestacional y disciplinario, tanto de las Fuerzas Militares como de la Policía Nacional (artículos 217 y 218). El hecho de que estos servidores, por disposición constitucional, tengan un régimen prestacional especial, los excluye en forma definitiva de la aplicación del régimen general de seguridad social previsto en la ley 100 de 1993.

En tal sentido la ley 100 de 1993 *“Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral”*, al establecer las excepciones a la aplicación de dicho Sistema, en su artículo 279 previó:

“LEY 100 DE 1993.

ARTICULO 279. EXCEPCIONES. *El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas”.* (Negrillas fuera de texto).

La inaplicabilidad del Sistema Integral de Seguridad Social a los miembros de la Fuerza Pública, encuentra su fundamento en el hecho de que el legislador está facultado constitucionalmente para establecer excepciones a las normas generales, siempre y cuando ellas estén razonablemente justificadas.

En este orden, la excepción prevista en el artículo 279 en cita, tiene una doble justificación constitucional, en el caso de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional la misma obedece al mandato superior consagrado en los artículos 217 y 218 de la Carta, que defiere en el legislador la creación de un régimen prestacional especial para éstos, en tanto que la del personal Civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que a la fecha de entrar en vigencia la ley 100 de 1993 estaban vinculados, encuentra su fundamento en la salvaguarda de los derechos adquiridos y regulados por el decreto ley 1214 de 1990, norma especial que les era aplicable.

Así lo expuso la Corte Constitucional en sentencia C-665 de 1996, cuando al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 279 de la ley 100, dijo:

“En esta forma, cabe señalar lo que la norma acusada protege son los derechos adquiridos y regulados por disposiciones especiales

para quienes al momento de la vigencia de la ley se encontraban vinculados a las Fuerzas Militares, Policía Nacional y personal regido por el Decreto 1214 de 1990.

...

(...) el precepto impugnado, contrario a lo que sostiene el actor, no hace cosa distinta que reconocer la voluntad del constituyente, diferenciando dos situaciones, que no constituyen en manera alguna discriminación: de una parte, la del personal que se había vinculado al Ministerio de Defensa, la Policía Nacional y la Justicia Penal Militar antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, para quienes se mantendrán las disposiciones especiales en materia de seguridad social y en especial, el previsto en el Decreto-Ley 1214 de 1990, cuyos derechos adquiridos deben ser respetados y garantizados, y de la otra, el personal de las mismas instituciones que se vinculó a partir de la vigencia de la citada ley, a quienes se les aplica el Sistema Integral de Seguridad Social consagrado en la Ley 100 de 1993, y que por consiguiente no gozan de derechos adquiridos, razón por la cual es procedente, dada la fecha de su vinculación, aplicarles el Sistema Integral de Seguridad Social consagrado en la Ley 100 de 1993”.

De igual manera en sentencia C-1143 de 2004, la Corte Constitucional al referirse a la validez constitucional del trato diferencial que se formula en el artículo 279 de la ley 100 de 1993 entre el régimen prestacional de los miembros de las Fuerzas Militares y el régimen del persona civil al servicio del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, precisó:

“Mientras que a los primeros se les excluye del régimen general por mandato constitucional, a los segundos se les excluye para únicamente salvaguardar los derechos adquiridos. Es decir, mientras que todos los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional quedan excluidos total y definitivamente del régimen prestacional general, sin importar cuándo se vincularon a la institución, en el caso del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional sólo se excluyó a aquellas personas que al momento de ser expedida la Ley 100 de 1993, se encontraban cobijados por el Decreto Ley 1214 de 1990.

...

4.6. (...) Ello se traduce en que los civiles que laboran para el servicio de esas entidades, vinculados con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no cuentan con un régimen especial, sino que por el contrario, se encuentran sujetos a la normatividad general del régimen de seguridad social, aplicable a todos los servidores del Estado”. (Negrillas fuera de texto).

Como corolario de lo anterior se tiene que el Sistema Integral de Seguridad Social de que trata la ley 100 de 1993 no se aplica a los miembros activos de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional independientemente de la fecha de su vinculación, ni al personal regulado por el decreto ley 1214 de 1990, esto es, al personal Civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, que había sido vinculado antes de entrar en vigencia la ley 100 de 1993. Por el contrario, al personal Civil de estas instituciones cuya vinculación fue posterior a la vigencia la ley 100, se le aplica en su totalidad el referido Sistema.

Como quiera que en el caso formulado en la consulta, el retiro del personal que ostentaba la condición de Militar o Policía al entrar en vigencia la ley 100 de 1993, se produjo después de estar rigiendo la misma, no puede dicho personal solicitar la aplicación del régimen previsto en el decreto ley 1214 de 1990 por el hecho de haber asumido, con posterioridad a su retiro del servicio activo, la condición de personal Civil del Ministerio de Defensa, toda vez que nunca fue beneficiario de ese régimen. Prueba de ello es que quienes se encontraron incursos en la situación descrita recibieron la asignación de retiro correspondiente al estatus que tenían al momento de su retiro, esto es, oficial o suboficial de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, según lo dispuesto en el ordenamiento que los regulaba, es decir, el previsto en los decretos leyes 1211 o 1212 de 1990, respectivamente, si su retiro se produjo antes del 31 de diciembre de 2004; o en su defecto, el contenido en el decreto ley 4433 de 2004, para quienes se retiraron a partir del 1o. de enero de 2005.

Por lo expuesto, la Sala se aparta de los conceptos citados en la consulta⁷, en los que se acepta la aplicación del régimen contenido en el decreto ley 1214 de 1990 y en consecuencia el reconocimiento de la pensión de jubilación prevista en su artículo 98, a quienes siendo miembros activos de las Fuerzas Militares fueron nombrados en el cargo de Magistrado de Tribunal Militar antes de entrar en vigencia la ley 100 de 1993, y después de estar rigiendo ésta fueron retirados del servicio activo con el reconocimiento de la respectiva asignación de retiro.

La presente posición se fundamenta en:

a. A la entrada en vigencia de la ley 100, el régimen prestacional aplicable a dichas personas era el contenido en los decretos leyes 1211 o 1212 de 1990, según fueran miembros activos de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional.

b. No obstante estar desempeñando un cargo de período fijo, durante su ejercicio se produjo un cambio de status, esto es, dejaron de ser miembros activos de la Fuerza Pública y pasaron a hacer parte del personal Civil del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional.

c. Nunca fueron beneficiarios del régimen contemplado en el decreto ley 1214 de 1990, porque el cambio de status, de militar o policía en servicio activo a personal Civil del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional, se produjo estando ya en vigencia la ley 100 de 1993, y por tanto al producirse dicho cambio quedaron sujetos a la normatividad general del régimen de seguridad social aplicable a todos los servidores del Estado, esto es, la ley 100 de 1993.

En virtud de lo expuesto, la Sala procede a responder las preguntas formuladas en este capítulo con la advertencia de que las respuestas se circunscribirán a la hipótesis planteada en la consulta, la cual fue transcrita en el numeral “4.1. Antecedentes” de este acápite.

SE RESPONDE:

⁷ Conceptos de esta Sala Nos. 1143 del 23 de septiembre de 1998 y su adición del 12 de febrero de 2002, y 1500 del 17 de junio de 2003.

“1. ¿Debe entenderse que por el hecho de servir al mismo Ministerio, le es potestativo escoger el Régimen Prestacional para efectos pensionales, es decir, entre los previstos para los miembros de la Fuerza Pública y el personal Civil a que se refiere el Decreto Ley 1214 de 1990, fundamentándose en el régimen de transición a que alude el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, máxime si se tiene en cuenta que para la época en que entró a regir dicha ley, no era civil (empleado público o trabajador oficial), y por tanto el Decreto 1214 de 1990, no era la norma que lo regía en materia pensional?”.

Como quiera que en la hipótesis planteada en la consulta el miembro de la Fuerza Pública adquirió la condición de empleado Civil después de entrar en vigencia la ley 100 de 1993, no puede reclamar la aplicación del régimen establecido en el decreto ley 1214 de 1990, por cuanto nunca fue beneficiario del mismo.

“2. ¿Puede pensionarse por el régimen de excepción previsto para el personal Civil conforme dispone el Decreto Ley 1214 de 1990 acumulando los tiempos de servicio, argumentando sin así estar previamente definida por la ley, la calidad de empleado público como Militar o Policía?”.

“3. ¿El hecho de vincularse como Civil (empleado público o trabajador oficial) en vigencia de la Ley 100, con posterioridad al retiro en calidad de Militar o Policía con asignación de retiro o sueldo de retiro, le permite optar por el cambio de prestación por pensión basado en el Decreto Ley 1214 de 1990 y el régimen de transición del sistema general, y así extender en el tiempo los efectos del citado Decreto en materia pensional?”.

Partiendo de la misma hipótesis estudiada, no pueden pensionarse bajo las normas del régimen prestacional previsto en el decreto ley 1214 de 1990 quienes, se reitera, nunca fueron beneficiarios de dicho régimen. En consecuencia no pueden optar por el cambio de prestación, esto es, de asignación de retiro a pensión de jubilación.

“4. ¿Corresponde al Ministerio de Defensa Nacional, resolver de fondo la solicitud pensional con acumulación de tiempo, en la que se invoca la aplicabilidad del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o en su defecto a la Administradora de Pensiones o al Seguro Social, a la cual realizaron las respectivas cotizaciones?”.

El Ministerio de Defensa, en caso de recibir las solicitudes a que se alude en la pregunta, deberá remitirlas al Instituto de los Seguros Sociales o a la entidad de prestación correspondiente. Sin embargo, cabe advertir que dichas solicitudes no proceden si se tiene en cuenta que, como quedó dicho, en la hipótesis formulada en la consulta el cambio de condición de personal Militar o Policial a personal Civil se produjo en vigencia de la ley 100 de 1993.

5. RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES SOCIALES A BENEFICIARIOS

5.1. Antecedentes

Se consulta sobre la necesidad de saber si las causas de indignidad para recibir herencias, se extienden al reconocimiento de prestaciones sociales a

beneficiarios del titular, temas que incluso ha sido objeto de acciones de tutela, sin que hasta el momento haya claridad al respecto.

Nuestra legislación considera el derecho de herencia como un derecho real al tenor de lo previsto en el inciso 2o. del artículo 665 del Código Civil⁸, sin embargo, la doctrina teniendo en cuenta que aquel derecho no recae sobre una cosa singular, como sucede con la noción de derecho real consagrada en el inciso 1o. del referido artículo 665, sino sobre una universalidad jurídica, ha considerado al derecho de herencia como un derecho universal.

Los derechos universales, cuya modalidad más importante está representada por los *derechos hereditarios*, se caracterizan ante todo por su objeto, ya que se ejercen sobre una universalidad jurídica, es decir, sobre un patrimonio, entendido éste como el conjunto de derechos de contenido económico que pertenecen a una misma persona, están afectados a un determinado fin, son avaluables en sumas de dinero y son negociables, esto es, pueden transmitirse por acto entre vivos o por causa de muerte.

Sin embargo, cabe recordar que no todos los derechos de que una persona es titular son susceptibles de transmisión por causa de muerte, como es el caso de los derechos extrapatrimoniales y los derechos políticos. Así mismo, algunos derechos surgen con ocasión de la muerte, pero no forman parte de la herencia por no encontrarse radicados en cabeza del causante al momento de su muerte, como son las indemnizaciones que una persona recibe con ocasión del fallecimiento de un pariente cercano.

Es de advertir que el derecho de herencia es uno de los derechos subjetivos que cuenta con mayor protección legal a través de numerosas acciones. La principal de ellas es la acción de petición de herencia, y dentro de las accesorias encontramos, entre otras, las acciones de nulidad testamentaria, nulidad o rescisión de la partición, de indignidad, etc.

5.2. Proceso ordinario de indignidad para suceder

Una persona puede ser llamada a recibir una herencia o legado en virtud de la vocación hereditaria establecida por la ley o mediante el testamento, sin embargo, la adquisición de una u otro puede ser impugnada en razón de indignidad.

La indignidad es una institución de excepción, habida cuenta de que la capacidad y la dignidad de toda persona para suceder es la regla general, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1018⁹ del Código Civil.

La indignidad para recibir asignación hereditaria proviene de las causales taxativamente señaladas en el artículo 1025¹⁰ del Código Civil, puede tener lugar

⁸ CODIGO CIVIL, "Artículo 665. Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona./ Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales".

⁹ CODIGO CIVIL. "ARTICULO 1018. Será capaz y digna de suceder toda persona a quien la ley no haya declarado incapaz o indigna".

¹⁰ CODIGO CIVIL. "ARTICULO 1025. Son indignos de suceder al difunto como heredero o legatarios: 1o.) El que ha cometido el crimen de homicidio en la persona del difunto o ha intervenido

tanto en la sucesión testada como en la intestada y comprende tanto las herencias como los legados.

La indignidad en ningún caso se produce de plano, necesita siempre una sentencia proferida por un juez penal o por un juez civil, dictada a instancia de cualquiera de los interesados, según lo establece el artículo 1031¹¹ del Código Civil.

Si en razón del transcurso del tiempo no puede iniciarse la investigación penal por haber prescrito el delito, debe entenderse prescrita la acción de indignidad. Las causales de indignidad que no constituyen ilícito penal, requieren sentencia de los jueces civiles.

Una vez pronunciada la sentencia se extingue en el asignatario la aptitud legal para recibir toda herencia o legado.

De manera tal que la indignidad acarrea una pena o una sanción de carácter civil, pues por causa de ella un asignatario puede ser totalmente excluido de la sucesión de una persona a quien estaría legal o testamentariamente llamado a suceder.

Sobre la capacidad para heredar y la indignidad, la Corte Constitucional en sentencia C-432 de 2004, dijo:

“4.1. Como regla general, para suceder al causante se requiere, como requisito esencial la capacidad para suceder. Ella corresponde a toda persona que existe o cuya existencia se espera, como lo prevé el artículo 90 del Código Civil para el concebido y no nacido todavía al momento de la delación de la herencia. Tal capacidad, se extiende inclusive a personas jurídicas que puedan ser instituidas como legatarios en el caso de la sucesión testamentaria.

4.2. Pero, además de la capacidad se requiere, para todas las sucesiones, no haber sido declarado incurso en causales de indignidad para suceder, las cuales se encuentran expresamente establecidas en el 1025 del Código Civil. A quien en ellas incurre, el legislador le impone como sanción por faltar a los deberes con el causante la privación de la asignación a que tenía derecho conforme a la ley o a la asignación con la cual se le había beneficiado por el testador. Tal sucede, por ejemplo con el que ha

en este crimen por obra o consejo, o la dejó perecer pudiendo salvarla./ 2o.) El que cometió atentado grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata, o de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada./ 3o.) El consanguíneo dentro del sexto grado inclusive que en el estado de demencia o destitución de la persona de cuya sucesión se trata, no la socorrió pudiendo./ 4o.) El que por fuerza o dolo obtuvo alguna disposición testamentaria del difunto o le impidió testar./ 5o.) El que dolosamente ha detenido u ocultado un testamento del difunto, presumiéndose dolo por el mero hecho de la detención u ocultación”.

¹¹ CODIGO CIVIL. **ARTICULO 1031.** *La indignidad no produce efecto alguno, si no es declarada en juicio, a instancia de cualquiera de los interesados en la exclusión del heredero o legatario indigno./ Declarada judicialmente, es obligado el indigno a la restitución de la herencia o legado con sus acciones y frutos”.*

cometido ‘el crimen de homicidio en la persona del difunto, o ha intervenido en este crimen por obra o consejo o la dejó perecer pudiendo salvarla;’ e igual con el que atenta de manera grave contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata o de su cónyuge o de sus ascendientes o descendientes, declarada esa conducta por sentencia ejecutoriada; o, cuando no se socorrió al testador pudiendo y necesitando este socorro; y, de igual manera cuando por fuerza o dolo se obtiene una determinada disposición testamentaria o se le impide testar, o cuando se oculta el testamento del difunto”.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil, en sentencia de tutela proferida el 8 de abril de 2008, dentro del radicado 00439, precisó los alcances del proceso ordinario de indignidad para suceder en los siguientes términos:

*“Así las cosas, es preciso advertir que la figura de **la indignidad para suceder** al difunto como heredero o legatario **tiene efectos en el ámbito propio de la sucesión por causa de muerte**, de suerte que **todo aquello que reciba una persona sin que encuentre su fuente en la calidad de heredero o de legatario**, o, puntualmente en la aplicación de las disposiciones del derecho sucesoral, **no puede ser objeto de un pronunciamiento relacionado con la declaratoria de indignidad para suceder.***

*O dicho en otras palabras, **las indemnizaciones que una persona reciba con ocasión del fallecimiento de un pariente cercano, o las partidas que reciba a título de pensión por el deceso de un trabajador cobijado por un sistema de seguridad social, no encuentran su fuente en las normas que regulan la sucesión por causa de muerte**, luego las decisiones acusadas en la acción de tutela que se resuelve, no vulneran derechos fundamentales en cuanto se pronuncian sobre los temas que son de su competencia en razón de la normatividad invocada (art. 1025 C.C.), pero es claro que tales determinaciones no pueden extenderse a la indemnización cuyo origen se halla en la necesidad de resarcir un daño, o, en su caso, de reconocer un valor asegurado como consecuencia de la realización de un siniestro, o a la pensión (Nums. 11.3 y 11.4, art. 11 del Decreto 4433 de 2004), que es un concepto estrechamente vinculado a la relación de trabajo y ligado al sistema de seguridad social, y gobernado por normas que escapan a la competencia del juez de familia (Num. 4o., art. 2o. del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social), razón por la cual tales decisiones sobrepasarían su marco de acción, o excederían la competencia establecida en normas de orden público”.*

5.3. Prestaciones por muerte en el decreto ley 1211 de 1990

El decreto ley 1211 de 1990 dispone en el artículo 185 el orden de beneficiarios de las prestaciones sociales por causa de muerte de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, en los siguientes términos:

“Artículo 185. ARTICULO 185. ORDEN DE BENEFICIARIOS. Las prestaciones sociales por causa de muerte de Oficiales y Suboficiales en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión se pagarán según el siguiente orden preferencial:

a. La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia éstos últimos en las proporciones de ley.

b. Si no hubiere cónyuge sobreviviente, las prestaciones corresponden íntegramente a los hijos en las proporciones de ley.

c. Si no hubiere hijos la prestación se divide así:

- El cincuenta por ciento (50%) para el cónyuge.

- El cincuenta por ciento (50%) para los padres en partes iguales.

d. Si no hubiere cónyuge sobreviviente ni hijos, la prestación se divide entre los padres así:

- Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación a los padres.

- Si el causante es hijo adoptivo la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción.

- Si el causante es hijo extramatrimonial, la prestación se divide en partes iguales entre los padres.

- Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción, la totalidad de la prestación corresponde a sus padres adoptivos en igual proporción.

- Si no concurre ninguna de las personas indicadas en este artículo llamadas en el orden preferencial en él establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén a los hermanos menores de 18 años.

- Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos.

- A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuges, la prestación corresponder a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares”.

A su vez, en relación con las prestaciones por muerte en actividad, establece que ya sea en caso de muerte en combate, muerte en misión del servicio o muerte simplemente en actividad (arts. 189,190 y 191), los beneficiarios en el orden establecido en el artículo 185, tendrán derecho a las siguientes prestaciones sociales:

- Una compensación que va desde cuatro hasta un año de haberes correspondientes al grado conferido al causante *-tenidas en cuenta las circunstancias en que se produjo la muerte, esto es, en combate, en misión de servicio o simplemente en actividad-* con base en las partidas señaladas en el artículo 158¹² del mismo decreto, la cual será pagada por una sola vez por el Tesoro Público.

¹² Decreto ley 1211 de 1990. “ARTICULO 158. LIQUIDACION PRESTACIONES. Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así: - Sueldo básico./ - Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto./ - Prima de antigüedad./ - Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto./ - Duodécima parte de la prima de Navidad./ - Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto./ - Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia./ - Subsidio familiar./ En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidar conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico./ PARAGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, ser computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales”.

- El pago doble de la cesantía por el tiempo servido por el causante, si la muerte se produjo en combate o en misión del servicio; si la misma ocurrió *“simplemente en actividad”*, el pago de las cesantías será únicamente por el tiempo de servicio del causante.

- Dependiendo de los años de servicio del oficial o suboficial, de doce a quince años, respectivamente, los beneficiarios se hacen acreedores a una pensión mensual, la cual se liquidará en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y el tiempo de servicio del causante.

- En el evento de que la muerte se produzca en combate, y el causante no hubiera cumplido los 12 años de servicio, los beneficiarios con excepción de los hermanos, se hacen acreedores a una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento de las partidas previstas en el referido artículo 158 ibídem.

Finalmente, en el artículo 237 el decreto ley 1211 de 1990 se refiere a las controversias que se puedan suscitar con ocasión de la reclamación de prestaciones sociales por causa de muerte, así:

“ARTICULO 237. CONTROVERSIA EN LA RECLAMACION. Si se presentare controversia judicial entre los reclamantes de una prestación por causa de muerte, el pago de la cuota en litigio se suspenderá, hasta tanto no (sic) se decida judicialmente a qué persona corresponde el valor de esta cuota”.

CONCLUSIONES DE ESTE CAPITULO

De lo expuesto en este capítulo, se infiere que los *derechos hereditarios* son una modalidad de los derechos universales, se ejercen sobre un patrimonio conformado por un conjunto de derechos de contenido económico que pertenecen a una persona, son avaluables en sumas de dinero y son negociables, razón por la cual pueden transmitirse por acto entre vivos o por causa de muerte.

Sin embargo, existen derechos que si bien se originan con ocasión de la muerte de una persona no por ello hacen parte de su herencia, precisamente por no haber estado en cabeza del difunto antes del momento de su muerte. Tal es el caso de las **indemnizaciones** a que tienen derecho los parientes del difunto como resarcimiento al daño causado por su muerte, caso en el cual y como lo sostiene la doctrina *“Dicha indemnización es un derecho propio e independiente de la herencia; es un derecho que nace en forma directa en cabeza de los perjudicados; no se encontraba radicado en cabeza del difunto”*¹³. (Negrillas fuera de texto).

Así lo afirma también la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil, cuando en sentencia de tutela dictada en 8 de abril de 2008, dentro del radicado No. 00439, se refirió a dichas *indemnizaciones* en los siguientes términos:

“... las indemnizaciones que una persona reciba con ocasión del fallecimiento de un pariente cercano, o las partidas que reciba a título de pensión por el deceso de un trabajador cobijado por un

¹³ VALENCIA ZEA, Arturo, ob. cit. Tomo VI, pág. 8.

sistema de seguridad social, no encuentran su fuente en las normas que regulan la sucesión por causa de muerte,...”.

Ahora bien, en cuanto al proceso ordinario de indignidad para suceder, es de anotar que el mismo tiene por objeto debatir la aptitud de un heredero para acceder a la herencia de su causante, es decir, dicho proceso tiene efectos en el ámbito propio de la sucesión por causa de muerte y en tal virtud constituye una sanción de carácter civil en la medida en que por causa de la declaratoria de indignidad un heredero puede ser excluido de la sucesión de una persona a quien estaría legal o testamentariamente llamado a suceder.

En consecuencia, como quiera que el proceso ordinario de indignidad para suceder tiene efectos en el ámbito propio de la sucesión por causa de muerte y las **indemnizaciones o las partidas que reciba una persona a título de pensión** por el fallecimiento de un pariente cercano no encuentran su fuente en las normas que regulan la referida sucesión, esto es, no hacen parte de la masa sucesoral, el heredero que ha sido declarado indigno para suceder bien puede acceder a las mencionadas **indemnizaciones** que se otorgan a manera de resarcimiento por el daño causado, así como a las partidas que se reconozcan a título de pensión, siempre y cuando se encuentre incluido dentro del orden de beneficiarios de las prestaciones sociales que se concedan por la muerte de su familiar.

Cosa distinta sucede con **las cesantías**, que es otra de las prestaciones a que tienen derecho los beneficiarios a que nos hemos referido, toda vez que las mismas constituyen un haber o patrimonio latente que se encontraba pendiente de ser reclamado, y en tal condición **hacen parte de la masa sucesoral**.

Por tanto, dada la diversa naturaleza de las referidas prestaciones, la Sala considera que en el evento de adelantarse un proceso de indignidad corresponde al Ministerio de Defensa entrar a desglosar y pagar a cada uno de los beneficiarios las prestaciones que no hacen parte de la masa sucesoral, que para el caso lo serían las que le correspondan a modo de compensación o indemnización y la pensión, decisión ésta que debe ser comunicada a los interesados para que si lo consideran conveniente adelanten las acciones judiciales que estimen pertinentes. Las prestaciones que conforman la masa sucesoral se dejarán a salvo hasta tanto se decida el respectivo proceso.

En cuanto al hecho de que, como se afirma en la Consulta, el beneficiario del oficial fallecido en cuyo favor se resolvió el proceso de indignidad allegue Escritura Pública mediante la cual y con fundamento en el referido fallo eleva a sucesión intestada las prestaciones sociales que se encontraban pendientes de reclamar, incluidas la indemnización y la pensión, es de anotar que si bien la función notarial implica la guarda de la fe pública, entendida ésta como la autoridad legítima atribuida a los notarios para que los documentos por ellos autorizados sean considerados como auténticos y su contenido sea tenido como verdadero mientras no se demuestre lo contrario, cabe advertir que dicha función “*no está precedida de jurisdicción, entendida ésta como la potestad para administrar justicia o decidir el derecho mediante sentencia, luego de un proceso previamente establecido y con observancia de los requisitos, exigencias y garantías propias del debido proceso reconocidos en la Constitución Política (art. 29) y en la ley. Obsérvese que la posibilidad de definir derechos e imponer sanciones desborda el ámbito de competencia del notario y se traslada a las autoridades judiciales o administrativas con poder decisorio*”¹⁴. Razón por la cual, no se puede mediante Escritura Pública

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-093 de 1998.

desconocer los derechos otorgados por la ley ni conferir, como en el caso que nos ocupa, a las prestaciones materia de estudio la naturaleza o el carácter que el legislador no les ha dado, toda vez que el referido acto notarial no tiene prevalencia sobre la ley.

En consideración a lo antes expuesto, la Sala

RESPONDE:

“5. Teniendo en cuenta el orden de beneficiarios establecidos en el artículo 185 del Decreto Ley 1211 de 1990, ¿Se debe efectuar el pago a los beneficiarios allí previstos, pese a que exista controversia judicial entre los reclamantes por procesos judiciales iniciados en contra; o en su defecto se debe suspender el pago del porcentaje en litigio, hasta tanto la autoridad judicial se pronuncie?”

“6. En los eventos en que se presente controversia judicial en la reclamación, como la ya planteada ¿Es dable a la Administración proceder a efectuar el pago teniendo en cuenta las decisiones adoptadas de las prestaciones sociales dejadas a salvo en los procesos de indignidad, a favor de quien adelantó el proceso, con esta sola declaración?”

5 y 6. De conformidad con lo previsto en el artículo 237 del decreto ley 1211 de 1990, se debe diferenciar, si la controversia judicial versa sobre un conflicto por el orden entre los beneficiarios de las prestaciones por causa de muerte, se debe suspender su pago hasta tanto dicha controversia sea resuelta judicialmente; si por el contrario el conflicto surge como consecuencia de un proceso de indignidad, la administración debe proceder a desglosar y pagar las sumas correspondientes a indemnizaciones y pensiones a cada uno de los beneficiarios por no hacer dichas prestaciones parte de la masa sucesoral y dejar las demás prestaciones a salvo hasta tanto se decida el proceso de indignidad.

“7. Teniendo en cuenta los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia-Sala Civil sobre aspectos de indignidad en la reclamación de las prestaciones sociales a que hace alusión la Sentencia Corte Suprema de Justicia-Sala Civil en el fallo de tutela Ref. 1100102-03-000-2008-00439 del 9 de abril de 2008 actor PEDRO ANICETO RAMIREZ y las Escrituras Públicas de Liquidación Notarial de Herencia o Trámite Sucesoral, se pregunta ¿Si la Administración debe proceder a pagar a los beneficiarios que alude el artículo 185 del Decreto Ley 1211 de 1990, o en su defecto a quien se le adjudicó dichos valores que se dejaron a salvo en poder de la fuerza, como heredero en dichos documentos y como soporte en los fallos de indignidad?”

“8. La declaración de indignidad que se profiera por el Juez de conocimiento competente y que se alega por uno de los beneficiarios a su favor, ¿puede incidir o no, en el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales por fallecimiento del personal militar, o en su defecto debe aplicarse el orden de beneficiarios que hace alusión el Decreto Ley 1211 de 1990, según da a conocer la Corte Suprema de Justicia-Sala Civil en sus últimos pronunciamientos sobre este tema y que han sido referenciados en este escrito?”

“10. El fallo de indignidad allegado a la administración, o los solicitados por la administración, cuando hay controversia entre padre y madre, ¿Será el idóneo

para dar desarrollo al artículo 237 del Decreto Ley 1211 de 1990, quedando de esta forma resuelta la controversia judicial entre los reclamantes, una vez proferido el fallo que declare indigno a uno de los padres, con el sólo hecho de que se declare indigno?

“13. De acuerdo a lo anterior, ¿Cómo debe proceder la Administración en relación a los recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia-Sala Civil y los procesos de indignidad, cuando en ellos, se resuelve la declaratoria de indigno para suceder, o sí por el contrario, si dicha declaración de indignidad es taxativa y se hace extensiva para prestaciones sociales?

7, 8, 10 y 13. Como ya se dijo en la respuesta anterior, habida cuenta de que la declaratoria de indignidad para suceder sólo tiene efectos en el ámbito propio de la sucesión por causa de muerte y las *indemnizaciones* o las partidas que reciba una persona a título de *pensión* por el fallecimiento de un pariente cercano no encuentran su fuente en las normas que regulan la referida sucesión, en criterio de la Sala, éstas deben ser pagadas a cada uno de los beneficiarios sin necesidad de esperar el fallo del proceso por indignidad.

“9. ¿En el evento en que se presente Escritura de Liquidación Notarial de Herencia, en donde un progenitor se adjudique el pago de las prestaciones sociales que se consolidan por el fallecimiento del personal militar, los mismos deben dársele prevalencia sobre el orden de beneficiarios del artículo 185 del Decreto Ley 1211 de 1990, en el caso de no ser coincidentes con el mismo, o en su defecto, por tratarse de normas de orden público pueden primar sobre esa decisión judicial de indignidad o escritura pública respectiva?

“11. Cuando los beneficiarios elevan a trabajo de partición y se adjudican una hijuela con fundamento en el fallo de indignidad, ¿Qué alcance tiene dicho documento público y qué alcance se le puede otorgar en relación con las consideraciones de la Corte Suprema de Justicia-Sala Civil y cuál de los dos debe ser el que se debe aplicar?

9 y 11. Como quiera que la Escritura Pública es un documento contentivo de una manifestación jurídica de voluntad, la misma no tiene efectos *contra legem*, razón por la cual lo consignado en ella no puede estar por encima de lo dispuesto por la ley ni por las decisiones judiciales.

“12. ¿Cómo se debe actuar con los expedientes prestacionales, que están a salvo en poder de la Fuerza, pendientes de procesos de indignidad y en los cuales aún no se ha proferido sentencia?

Tal como se señaló en las respuestas anteriores, el pago de las prestaciones que hacen parte de la masa sucesoral debe permanecer suspendido hasta tanto se produzca el correspondiente fallo de indignidad, y una vez proferido éste se procederá a pagar al beneficiario que adelantó el proceso las prestaciones que conforman la masa sucesoral y que correspondían al beneficiario declarado indigno.

Transcríbase al señor Ministro de Defensa Nacional. Igualmente envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO
Presidente de la Sala

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

RUTH JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaria de la Sala