



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, cinco (5) de mayo de dos mil quince (2015)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 068

TEMAS:

RÉGIMEN ESPECIAL DE RETIRO DE LA FUERZA PÚBLICA, EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA APLICABLE - EL DECRETO 4433 DE 2004 Y LA JURISPRUDENCIA REITERADA DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE EL EXCESO EN LA FACULTAD REGLAMENTARIA - VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY 923 DE 2004 POR PARTE DEL MISMO –

INSTANCIA:

PRIMERA

Decide la Sala, en primera instancia, el fondo del proceso de la referencia que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instaura JHON WILSON PÉREZ CALDERON, contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL.



I. ANTECEDENTES:

1.1. LO QUE SE DEMANDA:

Pretende la parte demandante lo siguiente¹:

- 1.1.1. Que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en la resolución N° 436 del 21 de febrero de 2012 y resolución No. 3485 del 12 de junio de 2012, proferidas por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, mediante las cuales se decidió negar el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.
- 1.1.2. Como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos mencionados, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, el reconocimiento de la asignación mensual de retiro en cuantía del 50% y las partidas legalmente computadas, al señor suboficial JHON WILSON PÉREZ CALDERÓN, a partir del 2 de junio de 2005, momento de su desvinculación de las FUERZAS MILITARES - ARMADA NACIONAL, hasta cuando se profiera el fallo que así la decrete y en forma vitalicia, en los términos dispuestos en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990.
- 1.1.3. Que se condene a la demandada a pagar las sumas que resulten por concepto del reconocimiento de la asignación en los términos de los artículos 192 a 195 de la Ley 1437 de 2011, desde el momento en que el derecho se hizo exigible hasta que se haga efectivo su pago, a fin de preservar el poder adquisitivo de estos valores, con la inclusión en la nómina.
- 1.1.4. Que se condene a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL reconocer y pagar al actor los daños morales sufridos por la postración psíquica y anímica, daños que se estiman en 100

¹ Fol. 46 a 48 del expediente.



salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de proferirse el fallo respectivo.

1.1.5. Que se condene en cotas a la entidad demandada.

1.2. LOS HECHOS EN QUE SE FUNDA:

Fundamenta las anteriores pretensiones, en los hechos que a continuación el Tribunal procede a resumir:

Manifiesta que, en condición de infante de marina regular, fue vinculado a la Armada Nacional, el 16 de septiembre de 1989 a prestar el servicio militar obligatorio, y fue retirado del servicio, por cumplimiento del tiempo, el 15 de marzo de 1991, computando y liquidándose un tiempo de servicio de UN (1) AÑO, CINCO (5) MESES Y VEINTINUEVE (29) DÍAS.

Expresa que, fue incorporado como INFANTE DE MARINA VOLUNTARIO, el 1 de noviembre 1991, hasta el día 5 de junio de 2000, computándose y liquidándose un tiempo de servicio de OCHO (8) AÑOS, SIETE (7) MESES Y CUATRO (4) DÍAS.

Refiere que, el día 6 de junio de 2000, fue incorporado como suboficial alumno, hasta el día 30 de agosto de 2000, que fue ascendido a la categoría de suboficial en el grado de suboficial tercero, grado en el que laboró en la infantería de la ARMADA NACIONAL, en el lapso comprendido entre el 1 de septiembre de 2000 y el 2 de junio de 2005 como se reconoce en la hoja de servicios No. 402/05 expedida por Director de prestaciones sociales de la A.R.C, el 23 de agosto de 2005, y aprobada mediante la resolución No. 561 del 31 de agosto de 2005, computando y liquidándose un tiempo de servicio de QUINCE (15) AÑOS, DOS (2) MESES Y VEINTICUATRO (24) DÍAS.



Indica que, el comandante de la Armada Nacional, mediante resolución No. 290 del 12 de mayo de 2005, discrecionalmente, lo retira del servicio activo de forma temporal, con pase a la reserva.

Afirma que, en condición de militar, laboró en las diferentes áreas, modalidades y especialidades, habiéndosele liquidado y computado un tiempo de servicio de QUINCE (15) AÑOS, TRES (3) MESES Y CATORCE (14) DÍAS, como se reconoce en todos y cada uno de los actos administrativos anexos a la demanda.

Manifiesta que, la reclamación en sede administrativa se hizo en exclusiva a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, toda vez, que el actor ya había cumplido el tiempo exigido por el Decreto 1211 de junio de 1990, esto es, haber laborado más de quince años al servicio de la fuerza pública, por lo tanto la ARMADA NACIONAL, no está legitimada en la causa para otorgar la prestación reclamada.

La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, mediante los actos administrativos que se demandan, negó el reconocimiento de la asignación de retiro del actor.

1.3 NORMAS VIOLADAS:

Se citan como normas violadas, los artículos 1, 2, 48, 53 y 58 de la C.P.; la Ley 4 de 1992, los artículos 2 y 3 de la Ley 923 de 2004, 163 del Decreto 1211 de 1990 y el Decreto 1157 de 2014.

1.4 CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN:

Como concepto de la violación, manifiesta que el acto demandado, es contrario a los fines esenciales del Estado, vulnera el derecho a la seguridad social, servicio público de carácter obligatorio a cargo del Estado, el cual debe prestarse con



sujeción a los principios de eficacia, universalidad en los términos que establece la ley.

Asimismo, argumenta que desconoce los mandatos expresos e imperativos establecidos en la Ley 4 de 1992, el Decreto 1211 de 1990 en su artículo 163 y concordantes y la Ley 923 de 2004 en su artículo 3 numeral 3.1 inciso 2º, máxime cuando se trata de aspectos laborales en el que los beneficios establecidos en normas de este carácter son irrenunciables y por lo cual aplicarse la situación más favorable al trabajador.

Como cargos concretos contra el acto demandado, formula los siguientes:

VIOLACIÓN DE LA LEY 923 DE 2001, ARTÍCULO 2: Expresa que se desconoció este mandado, dado que afirma que posee el derecho de devengar asignación de retiro en cuantía del 50%, por haber laborado 15 años, 3 meses y 14 días, por lo que se violaron los derechos adquiridos, por cuanto su ingreso a la Armada Nacional, ocurrió con anterioridad a la vigencia del Decreto 4433 de 2004, norma esta que desconoce los derechos adquiridos y regulados por disposiciones especiales como lo es el Decreto 1211 de 1990.

VIOLACIÓN DE LA LEY 923 DE 2004, ARTÍCULO 3: Conforme lo anterior, arguye que es claro que el Congreso de la República, dispuso se respetara los derechos adquiridos del personal que al momento de entrar en vigencia las nuevas disposiciones, se encontraba en servicio activo y por lo tanto consagró un régimen de transición que reconozca las expectativas legítimas de quienes se encuentren próximos a acceder al derecho de pensión y/o asignación de retiro.

VIOLACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN, ARTÍCULO 53: Asegura que debe aplicarse la situación más favorable al trabajador, la cual no es otra que las normas anteriores y no el Decreto 4433 de 2004.



VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS, ARTÍCULO 58 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y 2 DE LA LEY 4 DE 1992:

Manifiesta que estas normas ordenan perentoriamente preservar los derechos adquiridos, la inmodificabilidad de los regímenes estatuidos; y que en ningún caso se podrá desmejorar cualquier tipo de prestación o régimen salarial allí creado y que estos no podrán ser desconocidos ni vulnerados, disponen la carencia de efectos de los regímenes que contravengan los anteriores ordenamientos.

Por ello, sostiene que el legislador conforme la Ley 923 de 2004, previó para el personal de la fuerza pública que se encontraba en servicio activo que este conservara no solo el derecho al disfrute de la asignación de retiro, a los quince (15) años de servicio, sino que también ordenó al gobierno establecer un régimen de transición que reconozca las expectativas legítimas de quienes se encuentren próximos a acceder al derecho de pensión y/o asignación de retiro, pues expone que a la vigencia del Decreto 4433 de 2004, alcanzaba un tiempo de servicio de catorce (14) años, diez (10) meses y doce (12) días, situación de esta naturaleza, fue la que quiso amparar el legislador, toda vez que tan solo le faltaban escasos treinta y ocho (38) días para cumplir el término requerido en vigencia del decreto en mención.

VIOLACIÓN DE LA LEY 4 DE 1992, ARTÍCULO 2, LITERAL A:

Considera que, el Gobierno Nacional, al expedir el Decreto 4433 de 2004, artículo 24, se extralimitó de las facultades extraordinarias pro-tempore conforme la Ley 923 de 2004, al no haber establecido el régimen de transición previsto en el numeral 3.3.9., para los miembros de la fuerza pública que tenían una expectativa legítima para adquirir un derecho o en vía de adquisición, como es del caso del demandante, en la que se viola la ley por falta de aplicación, por cuanto a su criterio, prestó al servicio en la Armada Nacional más de 15 años, requisito este para alcanzar la asignación de retiro.



VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 58 DE LA C.P. EN CONCORDANCIA CON EL LITERAL A) DEL ARTÍCULO 2 Y 10 DE LA LEY 4 DE 1992; 152 NUMERAL 7 DE LA LEY 270 DE 1996 Y 73 DEL C.C.A.: Asegura que se violaron los derechos adquiridos o las expectativas legítimas, citando para ello la sentencia C-604 de 2000 de la CORTE CONSTITUCIONAL.

VIOLACIÓN DE ARTÍCULO 1, 2, 53 DE LA C.P.: Parte de la base de que estas normas justifican la existencia de un régimen especial de seguridad social a favor de los integrantes de la fuerza pública, por lo que debe tenerse en cuenta este régimen.

VIOLACIÓN DEL DECRETO 1211 DE 1990, ARTÍCULO 163: Con fundamento en esta norma, asegura que el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004 no puede aplicarse a los miembros de las Fuerzas Militares que se encontraban en servicio a su entrada en vigencia; toda vez, que el legislativo al expedir la norma referenciada, se excedió y no tuvo en cuenta e) régimen de transición señalado en el artículo 3 numeral 3.9, de la Ley 923 de 2004, de igual forma exigir más de quince años como requisito para acceder a la asignación de retiro.

1.5. RESPUESTA A LA DEMANDA:

La entidad demandada contestó en término, en memorial visible a fol. 89 a 125, en donde manifiesta que los hechos, las declaraciones y condenas se opone a todos, salvo a la existencia de los actos administrativos y documentos que obran en el expediente administrativo.

Por otra parte, aclara que algunos hechos se traducen en situaciones de servicio activo, las cuales no le constan, por cuanto no son competencia de la misma.

Argumenta que el acto objeto de censura goza de presunción de legalidad por ser expedido por funcionario competente y con el lleno de los requisitos legales. Seguidamente manifiesta que la demanda pretende la nulidad de dicha decisión,



aduciendo el actor que se le debe reconocer el derecho que consagra la Ley 923 de 2004.

Sobre este argumento de disenso, luego de explicar el régimen de asignación de retiro de infantes al servicio de las Fuerzas Militares, precisó que respecto de la situación personal y particular del ex infante de marina, JHON WILSON PÉREZ CALDERÓN, no le son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, puesto que en desarrollo de lo dispuesto por la misma ley, se expidió el Decreto 4433 de 2004 por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza Pública, cuya entrada en vigencia es el 31 de diciembre de 2004

Expresa que, la situación del accionante fue definida con fundamento en el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, por lo que necesitaba tener como mínimo 18 años de servicio activo, por lo que al tener 15 años 3 meses 14 días, en su criterio, no posee el derecho pretendido.

Expone que, no es aplicable el principio de favorabilidad, pues las normas posee vigencia desde su expedición, por lo que la situación del accionante se rige por la norma ya citada y no por las anteriores.

Se opone, igualmente a los perjuicios morales reclamados, citando una sentencia del CONSEJO DE ESTADO sobre el tema.

Propone como excepciones, argumentos en torno a la no configuración de falsa motivación y de causal de nulidad.

1.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Etapa que se surtió en la audiencia inicial del 5 de mayo de 2015, en donde la parte asistente, el demandado, y el Ministerio Público, se pronunciaron así:



La entidad demandada, manifestó que la actuación de los funcionarios de CREMIL se encuentra ajustada al tenor literal d la ley por lo que su decisión se encuentra ajustada a derecho y por ello, solicita la negativa de las pretensiones de la demanda.

El Ministerio Público, argumenta en el sentido de que el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, norma en la que la entidad demandada funda la negativa del derecho a la asignación de retiro del actor, fue anulado por el CONSEJO DE ESTADO en sentencia del 23 de octubre de 2014, por haber trasgredido los límites impuestos por la Ley 923 de 2004, por lo que el actor debe ser acreedor de la asignación de retiro en los términos del Decreto 1211 de 1990 que exige un término de 15 años de servicios, los que el accionante acredita, tal como se declaró probado al momento de fijar el litigio, por lo que solicita la prosperidad de las pretensiones.

II. ARGUMENTOS DE LA CORPORACIÓN:

Cabe advertir que la Sala no observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto, previas las siguientes consideraciones.

2.1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN, DE LA DEMANDA Y DE SENTENCIA DE FONDO, JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:

En este punto y como condición para la decisión de fondo del proceso, se pronuncia el Tribunal sobre los presupuestos procesales atinentes a la acción y la demanda, la jurisdicción y competencia, la capacidad para comparecer al proceso, las formalidades de la demanda, la capacidad de los litigantes para ser partes, el ejercicio del derecho de postulación, la caducidad y la legitimación en la causa.



La Sala considera que los presupuestos procesales atinentes al medio de control y a la demanda se encuentran reunidos, existiendo demanda en forma a la luz de los artículos 161 y 162 del C.P.A.C.A.

Con relación a los requisitos de procedibilidad, es claro que efectivamente sí se agotaron dado que, por una parte, el acto demandado solo procede el recurso de reposición, el que no obstante ser voluntario, fue interpuesto y resuelto a través del acto administrativo que también se acusa de ilegal en el presente proceso (fol. 22 a 24) y por otro lado, al girar la presente discusión sobre derechos ciertos e indiscutibles de contenido pensional, no era obligación agotar la etapa de la conciliación previa.

En cuanto a la caducidad, se tiene que esta litis no debe atenderla, por cuanto de forma clara el artículo 164 numeral 1 literal c establece que se pueden demandar en cualquier tiempo los actos que niegan o reconocen prestaciones periódicas como las pensiones.

Es competente esta Corporación para conocer, en primera instancia, del presente medio de control, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 152 numeral 2 del C.P.A.C.A.

En cuanto a la capacidad de los litigantes y el derecho de postulación, demanda en el presente caso una persona natural, mayor de edad, actuando por intermedio de apoderado, por lo que se supera este requisito. En igual sentido, se demanda a una entidad de derecho público con personería jurídica, CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, y ha actuado a través de abogado.

La legitimación en la causa por activa se encuentra debidamente probada, dado que el demandante es el interesado y afectado con el acto administrativo que se demanda. La legitimación en la causa por pasiva igualmente se encuentra



acreditada, al ser la entidad demandada la que expidió los actos administrativos acusados de nulos.

2.2. DEL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO:

Pretende la demandante se declare la nulidad del acto administrativo contenido en las Resoluciones N° 436 del 21 de febrero de 2012 y 3485 del 12 de junio de 2012, proferidas por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, mediante las cuales se decidió negar el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del accionante.

Por lo anterior, le corresponde a la Sala realizar el análisis de legalidad del acto determinado, teniendo en cuenta el marco propuesto por el demandante en el acápite de normas violadas y concepto de la violación.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO:

¿Puede la entidad demandada, negar el reconocimiento de la asignación de retiro del personal que a la vigencia de la Ley 923 de 2004 se encontraba activo, aplicando el Decreto 4433 de 2004, cuando este no respetó los elementos mínimos consagrados en el artículo 3 de la ley marco ya mencionada y el actor demuestra un período laborado superior a los 15 años?

Para dar respuesta al anterior interrogante, la Sala abordará los siguientes temas, teniendo en cuenta los planteamientos presentados en el problema jurídico y las particularidades del caso bajo estudio: 1. El régimen especial de retiro de la fuerza pública, evolución de la normativa aplicable. 2. El Decreto 4433 de 2004 y la jurisprudencia reiterada del CONSEJO DE ESTADO sobre el exceso en la facultad reglamentaria violación del artículo 3 de la Ley 923 de 2004 por parte del mismo. 3. El caso concreto.



2.4. EL RÉGIMEN ESPECIAL DE RETIRO DE LA FUERZA PÚBLICA, EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA APLICABLE:

La Constitución Política de Colombia de 1991, prescribe que a la ley le corresponde determinar el sistema de derechos y su régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario (artículo 217).

En concordancia con lo mencionado, el legislador colombiano, para el caso en estudio, consagró el régimen aplicable a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, a través del Decreto 1211 de 1990, por el cual se reforma su estatuto de personal, expedido por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le confería la Ley 66 de 1989.

Posteriormente, se expidió la Ley 923 del 30 de diciembre 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*”, la cual señaló en sus artículos 1 y 2:

“ARTÍCULO 1o. ALCANCE. El Gobierno Nacional con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen de la asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública.

ARTÍCULO 2o. OBJETIVOS Y CRITERIOS. Para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta además de los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad los siguientes objetivos y criterios:

2.1. El respeto de los derechos adquiridos. Se conservarán y respetarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma.

...



2.7. No podrá discriminarse por razón de categoría, jerarquía o cualquier otra condición a los miembros de la Fuerza Pública para efectos de adelantar el trámite administrativo del reconocimiento de una asignación de retiro o pensión o sustitución.

El tiempo de servicio exigido para tener derecho a la asignación de retiro será establecido en igualdad de condiciones para el personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y Miembros del Nivel Ejecutivo que ingresen a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.

2.8. No podrá en ningún caso desconocerse el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al miembro de la Fuerza Pública que hubiere adquirido el derecho a su disfrute por llamamiento a calificar servicios, por retiro por solicitud propia, o por haber sido retirado del servicio por cualquier causal.” (Negrillas y subraya para resaltar)

La ley en estudio, refirió que el régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, debieron ser fijados por el Gobierno Nacional, teniendo en cuenta:

“Artículo 3º. Elementos mínimos. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta **como mínimo los siguientes elementos:**

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

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

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



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

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

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

...

3.9. Un régimen de transición que reconozca las expectativas legítimas de quienes se encuentren próximos a acceder al derecho de pensión y/o asignación de retiro.

*En todo caso el régimen de transición mantendrá **como mínimo los tiempos de servicio exigidos en la presente ley para acceder al derecho de asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Fuerza Pública que se encuentren en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.*** (Negrillas de la Sala para resaltar)

De la norma transcrita, es evidente que el legislador, fijó un marco de derechos mínimos que debían ser respetados por el Presidente de la República, al expedir los decretos reglamentarios de la materia.

De los apartes resaltados en negrilla, la Sala de forma clara interpreta que:

- En el numeral 3.1. inciso 1, se fijó una regla general de tiempo de servicios mínimos, de 18 años de servicio y máxima de 25 años.
- En el inciso 2 del mismo numeral, en concordancia con el numeral 2.8 del artículo 2, se determina una excepción a lo anterior, en cabeza de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la ley², a quienes no se les puede exigir un tiempo de servicios diferente al consagrado en las disposiciones vigentes al momento de su

² Publicada en el Diario Oficial 45777 del 30 de diciembre de 2004.



expedición cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal, por lo que el tiempo de servicio que exija el decreto que se expide, solo será aplicable a los nuevos miembros de la institución, como lo consagra en inciso 2 del numeral 2.8. del artículo 2.

- El numeral 3.9. consagra los linderos que debe tener el régimen de transición que se reglamente, el que debe aplicarse a quienes se encuentren en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la ley, **el que debe mantener a su favor, como mínimo, los tiempos de servicio exigidos en la misma ley.**

Es importante hacer hincapié en lo anterior, dado que este es el marco que debe ser respetado por el Ejecutivo, al momento de reglamentar la materia, tal como lo consagra el artículo 150, numeral 19, literal e de la C.P.

Por lo dicho, el Ejecutivo debió respetar el tiempo de servicios exigido para acceder a la asignación de retiro, consagrado en las normas anteriores, pues no podía cambiar las condiciones de ellas para quienes se encontraban en servicio activo de las Fuerza Pública. Por ello es menester analizar, cuál era la norma anterior, la que para el caso analizado no es otra que el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, que consagra:

“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 sicológica, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin tener causa justificada, 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 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



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto.

PARAGRAFO 1o. La asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales que durante la vigencia de este estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, ser equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el artículo 158, liquidadas en la forma prevista en este mismo Decreto.

PARAGRAFO 2o. Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) o más años de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación.”

Por su parte, el Presidente de la República de Colombia en desarrollo de lo dispuesto por la Ley 923 de 2004, expidió el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, “*Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*”, en el que claramente quedó determinado que su campo de aplicación sería el siguiente:

“Artículo 1°. Campo de aplicación. Las disposiciones aquí contenidas se aplicarán a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, 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, en los términos que se señalan en el presente decreto.”

Y al regular el tema de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, consagró:

*“Artículo 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*



Jurisdicción Contencioso

Administrativa

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:

14.1 Sesenta y dos por ciento (62%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los dieciocho (18) primeros años de servicio.

14.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los dieciocho (18) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

14.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

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:*

El cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el inciso anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Parágrafo 2º. *Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) años o más de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación.” (Negritillas y subrayas fuera de texto original).*

Así pues, se entra a estudiar el alcance y estado actual de la anterior norma, la que es claramente el fundamento de la negativa del derecho pretendido por el actor, en los actos administrativos demandados.



2.5. EL DECRETO 4433 DE 2004 Y LA JURISPRUDENCIA REITERADA DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE EL EXCESO EN LA FACULTAD REGLAMENTARIA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY 923 DE 2004 POR PARTE DEL MISMO:

Es importante resaltar, que de la simple comparación de las normas ya estudiadas, se llega a la clara conclusión que el Decreto 4433 de 2004 no atendió en su integridad los parámetros fijados por el legislador en la Ley 923 de 2004. A esta conclusión ha llegado el CONSEJO DE ESTADO en múltiples fallos en donde ha estudiado el decreto en mención en su constitucionalidad y legalidad, declarando nulos muchos de ellos, en especial por violar los derechos de los miembros activos a la fecha de vigencia de la Ley 923 de 2004, los que debían ser respetados por el Ejecutivo³.

Se resalta, que de forma concreta, el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, fue declarado nulo en su integridad, por violar los derechos adquiridos de los miembros de la fuerza pública, activos a la fecha de entrada de vigencia de la Ley 923 de 2004, y exceder la facultad reglamentaria al sobrepasar los límites fijados en la mencionada ley marco, providencia en la que consideró:

³ Ver entre otras, las siguientes providencias:

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. CONSEJERO PONENTE: ALFONSO VARGAS RINCÓN. Sentencia del 12 de abril de 2012. Expediente No. 0290-06 (1074-07). Radicación: 11001032500020060001600. Actor: JUAN CARLOS BELTRÁN BEDOYA. En ella se anula el parágrafo 2 del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 por violar los derechos del personal activo de la Policía Nacional, garantizados por la Ley 923 de 2004.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. CONSEJERA PONENTE: BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Sentencia del 28 de febrero de 2013. Radicación: 11001032500020070006100. N° Interno 1238-2007. Actor: JOSÉ BIME CALDERÓN Y JESÚS ESCOBAR VALOR. En esta se anula los artículos 24, 25 parágrafo 2° y 30 del Decreto 4433 de 2004, por violar los derechos por violar los derechos del personal activo de la Fuerza Pública, garantizados por la Ley 923 de 2004.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN (E). Sentencia del 21 de mayo de 2014. Radicación N°: 11001032500020120049700 (19792012). Actor: GUILLERMO DÍAZ CÁRDENAS. Demandado: Ministerio de Defensa Nacional – Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En esta providencia, se anula el parágrafo 1 del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, por violar los derechos del personal activo de agentes, oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, al aumentar los tiempos de servicios exigidos para ellos en las normas anteriores.



“3.2.1. En relación con el artículo 24 del Decreto citado en la sentencia aludida se declaró la nulidad de la expresión “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 separados en forma absoluta con más de veinte (20) años de servicio”, contenida en su inciso primero.

La expresión acaba de transcribir contenida en el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004 cuya nulidad se declaró en la sentencia citada, fue retirada del Ordenamiento Jurídico, bajo los razonamientos que por ser pertinentes, se transcriben a continuación:

“La nulidad de las normas acabadas de mencionar tiene como fundamento común la invocación de violación de la Ley 923 de 30 de diciembre de 2004, en cuyo artículo 3° se establecieron los elementos mínimos que habrán de ser incluidos en el régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes y los reajustes de estas, elementos entre los cuales se encuentra la regla establecida en el numeral 3.1 del artículo citado en la cual se preceptúa que:

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

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

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

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

Como puede observarse, en la norma acaba de transcribir se hace la distinción entre miembros de servicio de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 923 de 30 de diciembre de 2004, y quienes para entonces no se encontraran en servicio activo.



Respecto de quienes se encontraban en servicio activo a la iniciación de la vigencia de la ley acabada de mencionar dispuso el legislador que: ‘no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de expedición de esta ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal’.

Es decir, el ámbito de competencia del Presidente de la República en cuanto al contenido de los Decretos que expida para desarrollar esta Ley Marco quedó así expresamente delimitado por el legislador. Ello significa, entonces, que si no obra el Ejecutivo dentro de tales linderos competenciales, el decreto que se dicte fuera de ellos será violatorio no sólo de la Ley Marco, sino también del artículo 150 numeral 19 literal e) de la Constitución Política.

*En virtud de lo dicho si el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, establece que el personal de la Policía en servicio activo que a la fecha de entrada en vigor de ese Decreto sea retirado “después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad sicofísica 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 mas de veinte (20) años de servicio” tendrán derecho al pago de la asignación mensual de retiro como allí se determina, es evidente que se está exigiendo para poder ser asignatario de la misma el cumplimiento como mínimo de dieciocho (18) años de servicio en unos casos y veinte (20) años de servicio en otros, lo cual resulta superior a lo establecido para el personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, por el artículo 115 del Decreto 1212 de 8 de junio de 1990, cuando sean llamados a calificar servicios, o por voluntad del Gobierno, o de la Dirección General de la Policía y, de la misma manera ocurre con respecto a la asignación de retiro **a que tendrían derecho con 15 años de servicio en las hipótesis contempladas en el artículo 144 del mismo Decreto mencionado.***

Igual sucede con el retiro por disposición de la Dirección General de la Policía Nacional en los casos señalados por el artículo 78 del Decreto 1213 de 1990, en armonía con el artículo 104 del mismo Decreto.

Surge como consecuencia del análisis en precedencia que las normas acusadas y que ahora son objeto de análisis quebrantaron entonces lo dispuesto en la Ley 923 de 2004, dentro de cuyo marco deberían haber sido expedidas, lo cual acarrea como consecuencia que también se quebrantó el artículo 150 numeral 19 literal e) de la Constitución Política y, por consiguiente se encuentran viciadas de nulidad.

...

Como puede observarse excluida del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004 la expresión cuya nulidad fue declarada con los razonamientos transcritos por sentencia de 28 de febrero de 2013 N° interno 1238-2007 2013, es una consecuencia necesaria de dicha declaración de nulidad que igual suerte corran los numerales 24.1, 24.2 y 24.3 del



mismo artículo, que no fueron objeto de la demanda, ni de la decisión en el fallo acabado de mencionar, dado que no fueron entonces acusados, pero en esta oportunidad sí se cuestionan.

Ello es así por cuanto los tres numerales acabados de mencionar, se refieren a la cuantía de la asignación mensual de retiro a la que tendrían derecho los integrantes de la Policía Nacional, que fueran retirados si cumplían el tiempo de servicio y se configuraba respecto de los mismos una de las causales mencionadas en la expresión cuya nulidad ya se declaró por esta Corporación.

De tal suerte que desaparecido del Ordenamiento Jurídico el segmento ya aludido del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, los porcentajes de la asignación mensual de retiro a que este se refería, quedan sin soporte lógico jurídico y, en consecuencia, la coherencia de la decisión que ahora se adopte con lo que ya se resolvió en la sentencia de 28 de febrero de 2013 (N° interno 1238-2007) ya citada, impone que los tres numerales del artículo 24 del Decreto en mención sean igualmente retirados del Ordenamiento comoquiera que se encuentran viciados de la misma causal de invalidez de la expresión que los subordina pues no podrían existir sin aquella.

Del mismo modo y por cuanto los párrafos 1° y 2° del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004 en la estructura de esta norma no tienen existencia autónoma, sino que se integran al precepto cuya nulidad parcial fue declarada por esta Sección en la Sentencia de 28 de febrero de 2013, a ello se extiende el razonamiento sobre la nulidad ya declarada y que ahora habrá de declararse respecto de la norma a la cual acceden. Por ello a tales párrafos los abarca la decisión que en relación con el resto del artículo mencionado se adoptó por unanimidad por esta Corporación, con lo cual se preserva la armonía y coherencia de este fallo y del anterior sobre la disposición acusada.

...

*3.4. Con respecto a la nulidad del artículo 14 del Decreto 4433 de 2004 por violación de la norma que le sirve de fundamento, observa la Sección que las mismas razones por las cuales fue declarada la nulidad del artículo 24 de este Decreto, primero de manera parcial en la sentencia de 28 de febrero de 2013 N° interno 1238-2007 y que habrá de declararse de conformidad con lo expuesto en esta sentencia al analizar el resto de ese artículo, también se declarará la del artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, en su integridad, pues su texto y las razones en que se apoyó la declaración de nulidad del artículo 24 es idéntico al contenido de este, pero con variación únicamente de los destinatarios de la norma en cuestión, como quiera que en el artículo 24 son los **Oficiales Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en actividad y en el artículo 14 los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad.**” (Negrillas de la Sala)⁴*

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. CONSEJERA PONENTE: BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Sentencia del 23 de



En este punto, es importante resaltar que los derechos del personal en actividad, se encontraban garantizados de forma clara por la Ley 923 de 2004 en los apartes ya transcritos e interpretados en la presente providencia, por lo que evidentemente la interpretación y aplicación que los operadores jurídicos hicieran del Decreto 4433 de 2004, se encontraba limitada y determinada por dichos derechos.

Adicionalmente, y en concordancia con lo anterior, para este Tribunal, la nulidad del artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, debe interpretarse con efectos hacia el pasado, es decir, como que esta norma nunca existió en el ordenamiento jurídico, porque interpretar de otra forma, haría que el Ejecutivo con un Decreto Reglamentario, suspendiera los derechos garantizados en la ley, los que para el caso concreto poseen relación con un derecho irrenunciable, como lo es el derecho a la pensión⁵.

Así las cosas, se concluye el acápite de las consideraciones, con la clara afirmación de que los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares que se encontraban activos a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 (30 de diciembre de 2014, como ya se mencionó) poseen el derecho a que su asignación de retiro sea determinada de conformidad con las normas vigentes antes del Decreto 4433 de 2004, no solo por la nulidad del artículo 14 de este decreto, sino porque este es

octubre de 2014. Radicación: 11001-03-25-000-2007-00077-01. Expediente No. 1551-2007. Actor: JOSE LUIS TENORIO ROSAS.

⁵ Este Tribunal se ha pronunciado a profundidad, en varias oportunidades sobre el tema de los efectos en el tiempo de las sentencias de nulidad simple de actos administrativos, y trae a colación la siguiente providencia y su argumentación, que no se transcribe en la presente en aras de la concreción en el tema en estudio, pero que puede ser consultada en la página web de la Rama Judicial:

- TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE. SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL. MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS. Sentencia del 10 de abril del 2014. MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. RADICACIÓN: 70-001-23-33-000-2013-00217-00. DEMANDANTE: BLAS RAFAEL ROMERO HERNÁNDEZ. DEMANDADO: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Ver: <http://www.ramajudicial.gov.co:8080/csj/downloads/UserFiles/File/SUCRE/TRIBUNAL%20ADMINISTRATIVO%20DE%20SUCRE/BOLETINES%20-%20DECISIONES%20SALA%20-%20DR%20LUIS%20CARLOS%20ALZATE%20%20RIOS/2013-217-00%20BLAS%20ROMERO%20FISCALIA.pdf> consultada el 17-04-2015.



un derecho garantizado por la Ley Marco ya mencionada, por lo que desde siempre les ha sido aplicable el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990.

Basten las anteriores consideraciones normativas, interpretativas y jurisprudenciales, para estudiar:

2.6. EL CASO CONCRETO

Está demostrado que el Suboficial Tercero JHON WILSON PÉREZ CALDERON, se incorporó a la Armada Nacional desde el 16 de septiembre de 1989, hasta el 2 de junio del 2005, fecha en la que es retirado del servicio activo por causal, retiro discrecional, Decreto 1790 de 2000, tal como consta en el certificado allegado⁶.

En la hoja de servicios del 23 de agosto de 2005, consta que tuvo un tiempo de servicio de 15 años, 3 meses y 14 días, novedad fiscal del 2 de junio de 2005⁷.

Así las cosas, es claro, conforme lo consagra la Ley 923 de 2004, en concordancia con el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, que el actor posee el derecho a ser acreedor de la Asignación de Retiro en los términos y cuantía determinados en esta norma, no solo por la nulidad del artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, sino porque su derecho se encuentra garantizado por la Ley 923 de 2004, por lo que no podía en ningún caso, exigírsele un tiempo de servicios superior a los 15 años, por lo que claramente los actos administrativos demandados incurrieron en la causal de nulidad de violar las normas en que debieron fundarse, al no aplicar de manera adecuada la Ley 923 de 2004, interpretar indebidamente el Decreto 4433 de 2004 y no aplicar el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, por lo que habrá de declararse su nulidad.

⁶ Fol. 40.

⁷ Fol. 41.



De las consideraciones realizadas hasta acá, se infiere claramente que no prosperan las excepciones formuladas por el accionado, denominadas NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN y DE CAUSAL DE NULIDAD, por lo que así se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

Prosperando la nulidad solicitada, es menester estudiar el restablecimiento del derecho.

Con fundamento en lo ya expuesto, se declarará que la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL debe reconocer y pagar al aquí demandante, una asignación de retiro, liquidada con fundamento en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, es decir, tiene derecho a una asignación equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de la misma norma, para el caso concreto, acorde con la hoja de servicios (fol. 41), el sueldo básico, la prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto, el subsidio familiar, la prima de antigüedad y la duodécima parte de la prima de Navidad, cumplidos los tres (3) meses de alta, por lo que su efectividad será a partir del 2 de septiembre de 2005. En los años subsiguientes, los valores objeto de la presente liquidación, serán actualizados acorde con el principio de oscilación acorde con el grado que ostentaba al momento del retiro (Suboficial Tercero) conforme lo consagra la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004.

Se resalta que las diferentes mesadas causadas no han prescrito, dado que el derecho al reclamo de lo que se había dejado de reconocer en virtud del acto administrativo general declarado nulo (Artículo 14 del Decreto 4433 de 2004) surge solamente al momento en que se declara la nulidad del mismo y queda debidamente ejecutoriada la sentencia que así lo indica, posición esta que es asumida de forma reiterada por el Consejo de Estado en casos que poseen una analogía abierta por el presente, como los concernientes al tema de la prima de



actualización de los miembros retirados de la fuerza pública⁸, lo que ocurrió en el presente caso el 2 de diciembre de 2014, fecha de desfijación del edicto dentro del proceso ya referido en donde se anuló el artículo 14⁹.

Indexación mes a mes desde la consolidación del derecho a la asignación de retiro, con efectos fiscales a partir del 2 de septiembre de 2005, así: Una vez liquidado el valor de la asignación, cada mesada causada se indexará utilizando la siguiente fórmula:

$$Ra = Rh \times \frac{\text{IPC FINAL}}{\text{IPC INICIAL}}$$

En donde el valor presente de Ra se determina multiplicando el valor histórico Rh, que es la correspondiente mesada, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al mes

⁸ “Ahora bien, sobre las inconformidades expuestas en el recurso de apelación, esta Subsección, venía reconociendo el derecho a la prima de actualización desde la fecha de su creación –1° de enero de 1992- y hasta el 31 de diciembre de 1995.

No obstante lo anterior, la Sala Plena de esta Corporación, en sentencia de 13 de diciembre de 2002, con ponencia del DR. CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE, señaló:

“Sin embargo, mientras estuvieron vigentes, los parágrafos de los artículos 28 de los decretos 25 de 1993 y 65 de 1994, y el párrafo del artículo 29 del Decreto 133 de 1995 mantuvieron privado de este derecho al personal en retiro, que, por tanto, no podía reclamarlo a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares o, por mejor decir, la obligación de esta entidad no era entonces exigible. En consecuencia, mal podía hacerse correr la prescripción contra quien no podía exigir su derecho, y al decidirlo así la Subsección falladora aplicó indebidamente el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

Prospera, entonces, el primer cargo.

Se infirmará en este aspecto la sentencia, y en su lugar, se revocará la del Tribunal para reconocer al actor el derecho al reajuste de su asignación de retiro, por efecto de la prima de actualización, entre el 1° de enero de 1993 y el 16 de abril de 1994, derecho que no se extinguió por prescripción.”

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”. Consejero ponente: ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO. Sentencia del 26 de octubre de 2006. Radicación número: 68001-23-15-000-2001-01729-01(2745-05). Actor: SERGIO PINZÓN OCHOA. Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

En igual sentido: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN “B”. Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ. Sentencia del 31 de mayo de 2007. Radicación número: 15001-23-31-000-2002-00004-01(5646-05). Actor: FIDEL ANTONIO ROJAS GONZÁLEZ. Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL.

⁹ Ver <http://www.consejodeestado.gov.co/actuaciones.asp?mindice=11001032500020070007701> consultada el 17-04-2015.



anterior a la ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago de las diferentes mesadas). Por tratarse de pagos de reajustes de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada mesada, comenzando por la correspondiente al mes de septiembre de 2005 (fecha a partir de la cual se reconoció la asignación), y para los demás teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente a la causación de cada uno de ellos. Lo anterior, con fundamento en el artículo 187 inciso final del C.P.A.C.A.

Se dará cumplimiento al presente fallo en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A. y la misma devengará intereses en los términos consagrados en el artículo 195 *Ibidem*.

Por último, se entra a considerar la solicitud de condena por daños morales, los mismos no son otra cosa que la aceptación de la dignidad humana, es decir, el hecho de que en el Estado colombiano, el ser humano es un valor en sí, y todo el sistema axiológico constitucional se encuentra basado en dicho principio (Artículo 1 de la C.P.) y cualquier atentado contra su valor como ser moral, debe ser compensado con una suma de dinero que indemnizen su bien inmaterial o su patrimonio intangible.

Partiendo de lo anterior, para la Sala es claro que dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pueden discutirse no solo la legalidad y el restablecimiento del derecho, dado que igualmente es viable pretenderse la indemnización de toda clase de perjuicios causados¹⁰, y así lo ha interpretado del Consejo de Estado¹¹, determinando claramente que el daño y su cuantía debe estar acreditados en el expediente¹².

¹⁰ De manera expresa, consagra el artículo 138 del C.P.A.C.A. con relación con las pretensiones a aducir a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho: "... también podrá solicitarse que se repare el daño."

¹¹ "Si bien sostuvo en alguna oportunidad la Sala, que en estos procesos no procede condena por daños morales, dicha apreciación ha sido replanteada bajo el argumento de que esta orientación no puede ser considerada como una regla fija o inmodificable, toda vez que no existe en el ordenamiento una disposición que así lo establezca. El artículo 85 del C.C.A. al consagrar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevé que quien se crea lesionado en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho, y agrega la misma disposición: "también podrá solicitar que se le repare el daño."



De las pruebas recaudadas en el proceso, no se infiere, de ninguna de ellas, valoradas conjunta e individualmente, que el actor haya corrido con su carga de demostrar la existencia y cuantía de este tipo de perjuicios, razón suficiente para denegar su concesión, en atención que, como ya se indicó todas van dirigidas a demostrar la causal de nulidad invocada y en modo alguno se solicitó o practicó prueba de donde se pueda desprender que el actor, con motivo de su retiro del servicio, haya sufrido un desmedro en sus patrimonio moral, o el mismo haya producido un daño en su salud física o mental.

Por lo anterior, habrá de denegarse la anterior pretensión.

III. CONCLUSIÓN:

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Judicatura concluye que hay lugar a acceder a las súplicas de la demanda, en torno a la nulidad del acto y el restablecimiento del

Conforme a lo anterior, si el acto administrativo de carácter particular ha sido expedido viciado de alguna de las causales de anulación, la ley contempla la posibilidad de que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad, no sólo se restablezcan eventuales derechos económicos sino que, también otorgó a los afectados la facultad de pedir el resarcimiento de perjuicios morales.

No significa lo anterior que todo acto particular que sea declarado nulo, conlleva simultáneamente restablecimiento de derechos de carácter económico y moral. Corresponde al Juez en cada caso en particular, analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, ordenar el restablecimiento de los derechos económicos a que haya lugar y determinar el grado de lesión moral que resulte probado en el plenario, disponer la condena en tal sentido.

El Juez a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., anula el acto ilegal para restablecer el derecho y/o indemnizar los perjuicios sufridos por el destinatario del acto administrativo.” CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “B”. CONSEJERA PONENTE: BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Sentencia del 6 de diciembre de 2007. Radicación: No. 50001-23-31-000-2000-00248-01. Exp. No. 4429-04. Actor: ALFONSO MARTÍNEZ AGUILERA. Demandado: MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO.

¹² En múltiples oportunidades, el Consejo de Estado ha planteado la posibilidad de presumir algunos daños inmateriales, partiendo de las circunstancias especiales en las que se producen los perjuicios, especialmente en tratándose de daños a la persona en su integridad o vida, que producen su lesión o muerte, en casos diferentes a estos, el demandante corre con la carga de demostrar el daño y su cuantía. Ver:

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Radicación número: 52001-23-31-000-1996-07633-01(15351). Actor: ILMO GIRALDO CHÁVES. Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE TRANSPORTE - INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVIAS).
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del 14 de abril de 2010. Radicación número: 15001-23-31-000-1995-05025-01(16976). Actor: HÉCTOR JOSÉ VARGAS SÁNCHEZ. Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE TRANSPORTE - INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVIAS).



derecho, pues el accionante cumple con las condiciones para acceder a la asignación de retiro, en los términos ya indicados, por lo que los actos administrativos han violado las normas pretendidas por el demandante. En torno a los daños morales reclamados, no existe prueba de su causación, razón suficiente para denegarlos.

IV. CONDENA EN COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 C.P.A.C.A., por la prosperidad de las pretensiones, se condenará a la parte demandada al pago de las costas correspondientes a favor de la parte demandante. De conformidad con los artículos 365 y 366 del C.G.P., en firme esta providencia, por Secretaría de este Tribunal, liquídense las mismas.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRENSE no probadas las excepciones de **NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN** y **DE CAUSAL DE NULIDAD**, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLÁRESE la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resolución N° 436 del 21 de febrero de 2012 y No. 3485 del 12 de junio de



2012, proferidas por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, conforme a lo argumentado previamente.

TERCERO: DECLÁRESE que la parte demandante, JHON WILSON PÉREZ CALDERON, tiene derecho a que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, reconozca, liquide y pague una asignación de retiro, en la cuantía que resulte de la reliquidación ordenada en esta sentencia, con efectos fiscales a partir del 2 de septiembre de 2005.

CUARTO: CONDÉNESE a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, a que sobre las sumas adeudadas le pagué al actor el reajuste de su valor, conforme al índice de precios al consumidor, con la aplicación de la fórmula referenciada en la parte motiva de este fallo y con efectos fiscales a partir del 2 de septiembre de 2005.

QUINTO: La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, **DARÁ** cumplimiento a este fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y si así no lo hiciere, se condena al pago de los intereses previstos en el artículo 195 *ibídem*.

SEXTO: CONDÉNESE en costas al demandado CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL. En firme la presente providencia, por secretaría, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

SÉPTIMO: NIÉGUENSE las demás pretensiones de la demanda, por lo indicado en la parte motiva.

OCTAVO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** a la demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso, **CANCÉLESE** su radicación, **ARCHÍVESE** el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI y para su cumplimiento, **EXPÍDASE** las comunicaciones de rigor.



El proyecto de esta providencia fue estudiado, discutido y aprobado por la Sala en sesión del día de hoy, según Acta N° 057.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ