



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

Dieciocho (18) de abril de dos mil dieciocho (2018)

REFERENCIA.	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
M. DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
PROCESO:	700013333-006-2015-00070-01
DEMANDANTE:	ROSEMBERT ESCOBAR AGREDO
DEMANDADO:	CREMIL¹

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 12 de junio de 2017, por el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Sincelejo - Sucre, en la cual se negaron las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA².

El señor ROSEMBERT ESCOBAR AGREDO, actuando a través apoderado judicial, instauró demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, **solicitando:**

- a) Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 9.869 del 2 de diciembre de 2014, mediante la cual el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, negó el reconocimiento de una asignación de retiro en su calidad de Sargento Viceprimero.
- b) Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a CREMIL, que le reconozca y pague la asignación de retiro a partir del 12 de marzo de 2014, fecha en la que se hizo efectivo su retiro por separación absoluta.

¹ CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, en adelante CREMIL

² Fol. 1 a 8 C.Ppal.

- c) Que se ordene que la entidad demandada que cumpla la sentencia dentro del término establecido en el artículo 176 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

Como **supuestos fácticos** relevantes de la demanda, la parte actora expuso los siguientes:

Que el 1° de septiembre de 1997 ingresó al Ejército Nacional como alumno de la Escuela de Suboficiales.

Expone que, mediante la Resolución No. 496 del 12 de Marzo de 2014, el Jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional, resolvió separarlo en forma absoluta del servicio activo militar.

Sostiene que, para la fecha del retiro había laborado 16 años 4 meses y 12 días.

Señala que, solicitó a la entidad el reconocimiento de la asignación de retiro en los términos del Decreto 1211 de 1990, y ésta, mediante Resolución No. 9.869 del 2 de diciembre de 2014 expedida por el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, le negó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, porque consideró que no cumple los requisitos previstos en el Decreto 4.433 de 2004, que señala un tiempo de servicio de más de 20 años.

Que mediante decisión proferida por el H. Consejo de Estado el 23 de octubre de 2014, se declaró la nulidad de la norma que sirvió de base para negar el reconocimiento de la asignación de retiro; es decir de los artículos 14; parágrafo del 15; art. 24; parágrafo 1° del art. 25 y 30 del Decreto 4433 de 2004.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 23 de abril de 2015 (folio 11 y 13).
- Admisión de la demanda: 18 de agosto de 2015 (folio 15).
- Notificación a las partes: 19 de agosto y 25 de noviembre de 2015 (folios 16 a 21).
- Contestación de la demanda: 11 de febrero de 2016 (folio 31 a 36).
- Audiencia inicial, prescinde de la etapa probatoria: 8 de marzo de 2017 (folio 71 a 74).
- Sentencia de primera instancia: 12 de junio de 2017 (folio 84 a 96).
- Recurso de apelación: 27 de junio de 2017 (folio 101 a 104 y 106 a 112).

- Concesión del recurso de apelación: 06 de julio de 2017 (folio 114).

1.3. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA³

La entidad accionada da respuesta a la demanda, aceptando algunos hechos, negando otros y oponiéndose a las pretensiones de la misma, al tiempo que agrega que, el Congreso de la República expidió la ley marco 923 de 2004, mediante la cual señaló las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para fijar el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

Sostuvo que, en desarrollo de esa ley, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4.433 de 2004, mediante el cual fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública y derogó las disposiciones que contrarias.

Luego entonces, fue el Decreto 4.433 de 2004 el que sirvió de fundamento a la entidad para negarle al demandante el reconocimiento y pago de una asignación de retiro, ya que el demandante al ser separado en forma absoluta del cargo debió acreditar 20 años de servicios.

Expresó, que no obstante, con posterioridad, el Consejo de Estado profirió sentencia el 23 de octubre de 2014, que declaró la nulidad del artículo 14 del Decreto 4.433 de 2004, por lo que ante la inexistencia de la norma que sirvió de base a la entidad demandada para negar el derecho solicitado, es viable aplicar la norma que regulaba el reconocimiento de la asignación de retiro antes de su vigencia, es decir el Decreto 1.211 de 1990, artículo 163; sin embargo, según esta norma, no es procedente reconocer la asignación de retiro cuando quien la solicita ha sido separado del cargo en forma absoluta.

Expresó, que el demandante tampoco cumple los requisitos señalados en el Decreto 991 de 2015, que fue la norma que expidió el Gobierno Nacional en reemplazo del Decreto 4.433 de 2004 declarado nulo-, porque este decreto en su artículo 19, si bien incluyó como causal para el reconocimiento de la asignación de retiro la de "separación absoluta" el tiempo que exige es de mínimo 20 años, y según la hoja de vida del demandante, él no tenía ese tiempo de servicio.

Por último propuso como excepciones, las que denominó; de (i) Inexistencia de fundamento legal para el reconocimiento de la asignación de retiro, (ii) obligación de sustento en la hoja de servicios para la expedición de la asignación de retiro y (iii) no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiros de las Fuerzas Militares.

³Folio 31 a 36 C.Ppal.

1.4. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁴.

El Juzgado Sexto Administrativo Oral de Sincelejo, profirió sentencia de fondo el 12 de junio de 2017 en la que negó las pretensiones de la demanda. Como argumentando de la decisión el A quo estimó que, luego de estudiar el Régimen Prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, señalado tanto en el Decreto 1211 de 1990 y 4433 de 2004, se podía establecer que el demandante no tenía derecho a percibir la asignación de retiro, por cuanto su separación del servicio militar se hizo en virtud de una sentencia penal, luego entonces se habría de entender, que la causal de desvinculación de retiro temporal con pase a la reserva por voluntad del comando de la respectiva Fuerza o por voluntad del Gobierno Nacional (según el Decreto 1211 de 1990), no es equivalente a la de desvinculación por separación absoluta por haber sido condenado a pena principal de prisión por delito doloso; esta es una causal de desvinculación autónoma, como quiera que de forma expresa no está enlistada como causal de retiro o de retiro absoluto; tampoco puede entenderse incluida dentro de la causal de "conducta deficiente", puesto que la norma estableció los comportamientos que se consideran como tales, y no catalogó el haber sido condenado a pena principal de prisión por delito doloso.

Por tal motivo, el Juez de la primera instancia, sostuvo que, tomando en cuenta el contenido literal de las normas citadas, se infiere que el artículo 163 del Decreto Ley 1211 de 1990 no consagró el derecho a la asignación de retiro a favor de los miembros de las Fuerzas Militares que a pesar de haber cumplido 15 años de servicio, fueron separados-no retirados- en forma absoluta del servicio por haber sido condenados a pena principal de prisión por el delito doloso, por consiguiente el accionante no tenía derecho a los emolumentos reclamados, ya que a pesar de que para la fecha del retiro tenía más de 15 años de servicio, fue desvinculado del servicio no por retiro sino por separación absoluta (por haber sido condenado a pena principal de prisión por delito doloso), que no está incluida como causal de desvinculación que de verificarse y unidad al tiempo de servicio diera derecho a la asignación de retiro según el artículo 163 del Decreto 1.211 de 1990, resolviendo con base en esto, denegar las súplicas de la demanda.

1.5. EL RECURSO DE APELACIÓN⁵.

La parte demandante inconforme con la sentencia de primera instancia, presenta recurso de apelación en los siguientes términos:

⁴Folio 84 a 96 C.Ppal.

⁵Folio 101 a 104 y 106 a 112 C.Ppal.

“(SIC)... Sea lo primero manifestar que no le asiste razón a la Juez A-quo en cuanto a la interpretación de la norma aplicable al presente caso, esto es el Art. 163 del Decreto 1211 de 1990, norma que precisamente fue derogada inicialmente por el Decreto 4433 de 2004, el cual en su Art. 14 estableció las reglas, para el reconocimiento de la asignación de retiro para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares que ingresaran al servicio a partir de la entrada en vigencia del mencionado Decreto, donde se determinó que para acceder a este derecho debían cumplir con un término de 18 años o más de servicio, para quienes se retiren por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, 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, en la proporción señalado en la misma norma legal.

Sin embargo, esta norma fue declarada nula precisamente por ir en contravía a lo previsto en la Ley 923 de 2004, inciso 3o del Art. 3o que determinaba que (...) 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. (...)”(Subrayas fuera de texto)".

Si bien es cierto el Decreto 4433 de 2004, Art. 14 exigía para quienes fueran retirados del servicio por separación absoluta un término de 20 años, también lo es que, en decisión del 23 de octubre de 2014, proferida por el Consejo de Estado, Sección Segunda - C.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, se decreta su nulidad, decisión que obedeció a que el aparte de la norma demandada determinó como requisito para acceder a la asignación de retiro un tiempo superior al que había sido establecido para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, en el Artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, lo cual vulneraba lo dispuesto en la Ley Marco 923 de 2004 y así mismo el numeral 9o del artículo 150 de la Constitución Política.

Esto se traduce a que los miembros de las Fuerzas Militares que se encontraban activos a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, esto es, para el 31 de diciembre de 2004, circunstancia que ocurre en este caso, no se les exigiría un tiempo de servicios mayor al que venía rigiendo en la legislación que se encontraba vigente para esa época, esto es, el Decreto 1211 de 1990, el cual en su artículo 163 señala un tiempo de 15 años para acceder a la asignación de retiro para quienes se retiraran 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 justificada, o por conducta deficiente, y los que se retiren a solicitud propia después de veinte (20) años de servicio.

Es decir, todos los oficiales y suboficiales que sean retirados del servicio activo con un tiempo superior a 15 años tienen derecho a percibir la asignación de retiro y a los únicos que se les exige un tiempo de 20 años es a aquellos que se retiren por solicitud propia; sin embargo, la Señora Juez A-quo, considera de manera equivocada que quienes sean retirados por separación absoluta del servicio, no tienen derecho a percibir la asignación de retiro, sin tener en cuenta lo previsto en el Art. 114 del Decreto 1790 de 2000, que a la letra dice: "(...) PRESTACIONES EN CASO DE SEPARACIÓN. Los oficiales y suboficiales separados en forma temporal o absoluta bajo la vigencia del presente Decreto, tendrán derecho, tanto ellos como sus beneficiarios, a las prestaciones sociales que se determinan en el capítulo III, título V del Decreto 1211 de 1990"

Norma que se debe aplicar en concordancia con el Art. 178 del mismo decreto, que reza: (...)

"ARTICULO 178. SEPARACIÓN ABSOLUTA. El Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares que durante la vigencia del presente Decreto sea separado del servicio en forma absoluta, tendrá derecho a las prestaciones sociales a que haya lugar en

razón de sus servicios, dentro de/as condiciones previstas en este Estatuto pero no tendrá derecho a ser dado de alta por tres (3) meses para la formación del respectivo expediente de prestaciones sociales".

De lo anterior, se puede concluir que la única diferencia existente entre los militares que son retirados del servicio por separación absoluta y los que son retirados por otra causal, es la pérdida de los tres meses de alta, que en este caso no perciben, pero en relación con los demás presupuestos de la asignación de retiro se rigen por la misma norma, esto es por lo contemplado por el Art. 163 del Decreto 11211 de 1990, que determina que quienes sean retirados del servicio activo después de 15 años por "llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los Comandos de Fuerza,... tendrán derecho 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 de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15)...

De acuerdo con la certificación que obra en el expediente, mi representado fue retirado del servicio activo con un tiempo de servicios de 16 años, 9 meses y un día, es decir si cumple los requisitos exigidos para acceder a la asignación de retiro, motivo por el cual tiene derecho a que se le reconozca su asignación de retiro"

Con base en los anteriores argumentos, el recurrente solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se decrete la nulidad del acto administrativo demandado y se ordene reconocer a su favor las demás pretensiones de la demanda.

1.6. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA. Alegatos de las partes y concepto del Ministerio Público.

El recurso de apelación formulado por la parte demandada se admitió por auto del 14 de agosto de 2017⁶, posteriormente, se ordena correr traslado para alegar a las partes y al Ministerio Público para emitir su concepto, a través de auto de fecha 31 de agosto de 2017⁷.

En esta etapa procesal sólo concurre la **parte actora**, reiterándose en las pretensiones de la demanda y en lo alegado en el recurso de apelación (fls. 14 a 18).

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1 LA COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011. No se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto

⁶ Folio 3 Cuaderno de apelación.

⁷ Folio 7 Cuaderno de apelación.

2.2 PROBLEMA JURÍDICO.

Teniendo en cuenta la reconstrucción de los antecedentes y los planteamientos de las partes, entra el Tribunal a dilucidar el siguiente problema jurídico, *¿ Puede la entidad demandada, negar el reconocimiento de la asignación de retiro del personal que a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 se encontraba activo, aplicando el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, cuando este fue declarado nulo en sede judicial por el H. Consejo de Estado, al no respetar los elementos mínimos consagrados en el artículo 3º de la ley marco ya mencionada y el actor demuestra un período laborado superior a los 15 años de servicio?*

2.3. ANÁLISIS DE LA SALA Y RESPUESTA AL PLANTEAMIENTO JURÍDICO

I. 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.”(Destacado de la Sala)

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 3°. 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 ley⁸, a quienes no se les puede exigir un tiempo de servicios diferente al consagrado en las disposiciones vigentes al momento de su 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 Constitución Política.

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:

⁸ Publicada en el Diario Oficial 45777 del 30 de diciembre de 2004.

“ARTICULO 163. ASIGNACIÓN 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 sicofísica, 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 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, 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 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 1°. 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 2°. 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.”(Negritas 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.

II. 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 EJECUTIVO-ESTADO ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA

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, bueno, a esta conclusión ha llegado el honorable 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 Ejecutivo⁹.

Se resalta, que de forma concreta, el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, fue declarado nulo en su integridad por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, 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 se consideró, lo siguiente:

“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.

⁹ 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.

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 sico-física 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 trascritos 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.**”(Destacado de la Sala)¹⁰*

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 (ex tunc)¹¹ 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

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. CONSEJERA PONENTE: BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Sentencia del 23 de octubre de 2014. Radicación: 11001-03-25-000-2007-00077-01. Expediente No. 1551-2007. Actor: JOSE LUIS TENORIO ROSAS.

¹¹ “Efectos retroactivos en la anulación de los actos administrativos”.

concreto poseen relación con un derecho irrenunciable, como lo es el derecho a la pensión¹².

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 un derecho garantizado por la Ley Marco en mención, luego entonces, siempre se les ha aplicado el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990.

III. EL CASO CONCRETO.

Como se advierte de los antecedentes de la demanda, la parte actora busca que le sea reconocida y pagada la asignación de retiro, en los términos del Decreto 1211 de 1990.

Al plenario fueron aportadas las siguientes documentales:

- Copia de la Resolución No. 9869 del 02 de diciembre de 2014¹³ (folio 2)
- Copia de la Resolución 0496 del 12 de marzo de 2014¹⁴ (folio 3).
- Copia de constancia de prestación de servicios expedida por la Jefatura de Desarrollo Humano-Dirección de Personal del Ejército Nacional (folio 4).
- Expediente Administrativo (fls. 40 a 57).

-LO PROBADO EN EL PROCESO, ANÁLISIS DE LA SALA A LA SITUACIÓN FÁCTICA DEL DEMANDANTE

Es un hecho cierto que el actor, ingresó a la filas del Ejército Nacional el día 01 de septiembre de 1997, como alumno de la Escuela de Suboficiales.

¹² 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 13 de abril de 2018.

¹³ "Por la cual se niega el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al señor Sargento Viceprimero ® del Ejército Nacional ROSEMBERT ESCOBAR AGREDO.

¹⁴ "Por la cual se separa de forma absoluta de las Fuerzas Militares a un suboficial del Ejército Nacional".

Que estuvo activo en dicha institución por un tiempo de 16 años, 9 meses y un (1) día, siendo retirado del servicio por separación absoluta del cargo (sentencia penal en firme), a partir del 12 de marzo de 2014.

Es claro entonces que el actor a la fecha de su retiro contaba con 16 años, 9 meses y 1 día de prestación de servicios al interior del Ejército Nacional¹⁵.

Pese a lo anterior, la entidad militar, mediante Resolución 9869 de 2014, resuelve negarle la solicitud de reconocimiento de la asignación, aplicando para tal efecto el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004.

Posteriormente, en sede judicial el Juzgado Sexto Administrativo resuelve despachar desfavorable las pretensiones de la demanda, amparado en el argumento, de que el demandante no tiene derecho a que se le reconozca y pague una asignación de retiro, ya que a pesar de que para la fecha del retiro tenía más de 15 años de servicio, fue desvinculado del servicio no por retiro sino por separación absoluta (por haber sido condenado a pena principal de prisión por delito doloso).

Visto lo anterior, esta Colegiatura no comparte las decisiones adoptadas por la entidad accionada, así como tampoco las adoptadas por el A quo en la primera instancia, pues para la Sala, el demandante sí tiene derecho al reconocimiento de la asignación de retiro, con base en lo siguiente:

Lo primero que se advierte, es que en el curso de la situación administrativa de servicio activo, se encontraba vigente el Decreto 1211 de 1990, el cual, en su artículo 163 señalaba un tiempo de servicio de 15 años para el reconocimiento de la asignación cuando el retiro se produjera por causa distinta a la voluntad propia.

Ahora, si bien la Resolución demandada se fundamentó en el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004 (normativa vigente al momento del retiro ocurrido el 12 de marzo de 2014 y que reglamentó la Ley 923 de 2004) para negar el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante, lo cierto es, que con posterioridad este artículo fue declarado nulo por el Consejo de Estado mediante sentencia proferida el 23 de octubre de 2014, Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado interno 1551-2007.

En ese sentido, como lo ha reiterado la jurisprudencia del H. Consejo de Estado¹⁶, en la sentencia de nulidad los efectos se retrotraen al momento en que nació el acto administrativo viciado de nulidad, sin que ello afecte las situaciones consolidadas o

¹⁵ Tal como da cuenta, las distintas certificaciones, la hoja de servicios y las Resoluciones expedidas por la Institución Militar (folio 2 a 4 y 40 y ss).

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, sentencia de 18 de septiembre de 2014, Consejera Ponente María Claudia Rojas Lasso, radicación 520012331000200501421 01

los derechos reconocidos bajo el amparo de la disposición anulada.

Igualmente, la sentencia de nulidad que recaiga sobre un acto de carácter general, afecta las situaciones particulares que no se encuentren consolidadas, esto es, que al momento de producirse el fallo se debatían o eran susceptibles de debatirse ante las autoridades administrativas o ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Por tanto, la declaratoria de nulidad del artículo 14 del Decreto 4433 de 2004 afecta la situación jurídica del demandante en la medida que al proferirse la sentencia (23 de octubre de 2014), no se encontraba consolidada su situación, toda vez que precisamente está en discusión su derecho al reconocimiento de la asignación de retiro con base en el artículo declarado nulo.

La consecuencia lógica de la declaratoria de nulidad del artículo 14 del Decreto 4433 es que se aplique para el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante la Ley reglamentada, es decir, la Ley 923 de 2004 y así lo ha señalado la Jurisprudencia contencioso administrativa en asuntos similares, donde el **retiro del servicio se dio por separación absoluta, en virtud de una sentencia penal**, veamos dos de los más recientes:

“Así pues, resulta claro que al quedar en firme la sentencia que declaró la nulidad del artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, se debe entender que desapareció del ordenamiento jurídico, reputándose tal situación desde el mismo momento en que fuere expedido; por lo que las condiciones establecidas para la asignación de retiro deben examinarse a la luz de lo dispuesto en la Ley 923 de 2004.

Sin embargo, también es importante tener en cuenta, con sustracción de la sentencia de nulidad del artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, que la ley cuadro en virtud de la cual fuere expedido el mencionado acto general, previó de manera inequívoca que la normativa que debiera expedir el ejecutivo sobre el particular de la asignación de retiro, no podría contener requisitos para los miembros de la fuerza pública en servicio activo mayores en cuanto a tiempo de servicio, a los previstos en las normas anteriores; y así mismo disponer de un régimen de transición que respetara las expectativas legítimas de quienes se encuentren próximos a la consolidación del estatus pensional.

Es evidente, que el Decreto 4433 de 2004, expedido en desarrollo de la Ley 923 de 2004, contempló para percibir una asignación de retiro un tiempo de 18 años, mayor al que se encontraba previsto en el Decreto 1211 de 1990, que era de 15 años. De este modo, se desconoció el marco general dispuesto por el legislador, cuando estableció los parámetros que debía observar el ejecutivo al momento de expedir la regulación pertinente para el goce de la asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública que se encontraban vinculados.

Debe afirmarse también, que ése marco general no impidió que se hicieran más rígidos los requisitos para optar por la asignación de retiro, en cuanto a tiempo de servicio se refiere, pero lo que sí hizo, fue prohibir que para quienes se encontraran en servicio activo al momento de su entrada en vigencia, se les exigieran mayor tiempo del contemplado en el régimen anterior.

La anterior interpretación, es la que resulta apropiada de acuerdo con la naturaleza de la materia en estudio, pues además de ser evidente que el gobierno no dispuso el régimen de transición en el Decreto 4433 de 2004, que obedece a la necesidad de regular situaciones en consolidación pero que no se hallan perfeccionado,

simplemente contempló en dicha normativa el reconocimiento de la existencia jurídica de un derecho que se consolidó por reunir los requisitos en su vigencia, al margen que materialmente el beneficiario no lo hubiere recibido aún; lo cual no satisfizo la intención del legislador, pues de serlo así, no se requiriera de tránsito normativo, ya que sería suficiente la aplicación de la ley en el tiempo.

Pues bien, concluye la Sala que para respetar la expectativa de quienes se encontraban próximos al alcanzar la asignación de retiro, el legislador dispuso un marco general con destino a la fuerza pública, **que estableció que quienes se encontraren en servicio activo al momento en que éste cobró vigencia, no se les podía exigir tiempo de servicio mayor al previsto en el régimen anterior**¹⁷ (Destacado de la Sala).

En otro caso similar la Sección Segunda señaló:

“(sic).. En esa medida, para el reconocimiento de la asignación de retiro le es aplicable la transición señalada en el artículo 3.º, ordinal, 3.1.º inciso segundo de la Ley 923 de 2004, **toda vez que el único condicionamiento es que al momento de la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 la persona se encuentre en servicio activo de las Fuerzas Militares.**

Conforme al régimen de transición para el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante le es aplicable el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990 que señala para el caso concreto 15 años de servicios para el reconocimiento de la mencionada prestación, requisito que cumple el demandante toda vez que según la hoja de servicios al momento de su retiro del servicio contaba con un tiempo de servicio de 16 años, 5 días (

Por tanto, tal como lo señaló el a quo el demandante tiene derecho al reconocimiento de la asignación de retiro desde la terminación de los tres meses de alta del cargo que desempeñó en el Ejército Nacional y que **fue retirado de forma absoluta** a través de la Resolución 0950 del 17 de junio de 2010”¹⁸(Negritas de la Sala).

En ese sentido, a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 (30 de diciembre de 2004) el demandante se encontraba **en servicio activo en el Ejército Nacional** y por tanto **no se podía exigir un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones anteriores.**

En esa medida, para el reconocimiento de la asignación de retiro le es aplicable la transición señalada en el artículo 3.º, ordinal, 3.1.º inciso segundo de la Ley 923 de 2004, toda vez que el único condicionamiento es que al momento de la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 la persona se encuentre en **servicio activo** de las Fuerzas Militares.

Conforme al régimen de transición para el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante le es aplicable el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990 que señala para el caso concreto 15 años de servicios para su reconocimiento, requisito que

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO.SECCIÓN SEGUNDA.SUBSECCIÓN B. Sentencia del 08 de septiembre de 2017. C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Actor: WILSON JAVIER CHAPARRO LADINO Demandada: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES. Trámite: Nulidad y Restablecimiento del Derecho (Ley 1437 de 2011) .Asunto: Reconocimiento Asignación de Retiro – transición Ley 923 de 2004 para personal activo

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO.SECCIÓN SEGUNDA.SUBSECCIÓN A. Sentencia del 09 de marzo de 2017. C.P. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Expediente: 27001 23 33 000 2013 00068 01.(4295 2013).Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho .Demandante: MARINO HUMBERTO MIRANDA MELO. Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

cumple toda vez que según la hoja de servicios al momento de su retiro del servicio contaba con un tiempo de servicio de 16 años, 9 meses y 1 día.

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 consiguiente no podía en ningún caso, exigírsele un tiempo de servicios superior a los 15 años, razón por la cual, 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.

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 reverso), 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, por los 15 primeros años de 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.

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 pública¹⁹, lo que ocurrió en el presente caso el 2 de

¹⁹“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 –1º de enero de 1992- y hasta el 31 de diciembre de 1995.

diciembre de 2014, fecha de desfijación del edicto dentro del proceso ya referido en donde se anuló el artículo 14²⁰, aunado a que, la solicitud de asignación fue hecha el 21 de noviembre de 2014 (folio 2) y la demanda fue presentada el 23 de abril de 2015 (folio 13) luego entonces, no opera en esta forma la prescripción cuatrienal, en la medida que el demandante presentó la reclamación dentro del término del artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

La Indexación se hará mes a mes desde la consolidación del derecho a la asignación de retiro, con efectos fiscales a partir de la fecha en que terminen los 3 meses de separación o retiro del cargo que venía desempeñando, así: Una vez liquidado el valor de la asignación, cada mesada causada se indexará utilizando la siguiente fórmula:

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

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 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 a la fecha en que terminen los 3 meses de separación o retiro del cargo que venía desempeñando 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 de la Ley 1437 de 2011.

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 parágrafo 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.

²⁰ Ver <http://www.consejodeestado.gov.co/actuaciones.asp?mindice=11001032500020070007701> consultada el 17-04-2015.

Se dará cumplimiento al presente fallo en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, y la misma devengará intereses en los términos consagrados en el artículo 195 *Ibídem*.

Por lo anterior, el despacho considera que el acto administrativo contenido en la Resolución No. 9869 del 02 de diciembre de 2014, expedida por el Director General de de la Caja de Retiro de las Fueras Militares, vulneró las normas pretendidas por la parte actora, por lo que su presunción de legalidad se desvirtuó; por tanto se dispondrá la **REVOCATORIA** de la sentencia de primera instancia y consecuentemente han de acogerse las pretensiones de la demanda.

-. CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P., dada la revocatoria de la providencia de primera instancia y la prosperidad de las súplicas de la demanda, se condenará a la parte demandada al pago de las costas correspondientes a ambas instancias. En firme la presente providencia, ordénese que por el *A quo* se realice la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

3. DECISIÓN.

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

FALLA:

PRIMERO: REVÓQUESE la sentencia del 12 de junio de 2017, proferida por el JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO, por lo expuesto por la parte motiva

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **DECLÁRESE** la nulidad de la Resolución No. 9869 del 02 de diciembre de 2014, expedida por el Director General de de la Caja de Retiro de las Fueras Militares, mediante el cual le negó a la señor ROSEMBERT ESCOBAR AGREDO el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

TERCERO: DECLÁRESE que la parte demandante, ROSEMBERT ESCOBAR AGREDO, 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 de

la fecha en que terminen los 3 meses de separación o retiro del cargo que venía desempeñando.

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 de la fecha en que terminen los 3 meses de separación o retiro del cargo que venía desempeñando.

QUINTO: La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, dará cumplimiento a este fallo dentro del término previsto en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, y si así no lo hiciere, se condena al pago de los intereses previstos en el artículo 195 ibídem.

SEXTO: CONDÉNESE en costas en ambas instancias a la parte demandada y en favor de la demandante. En firme la presente providencia, por el *A-quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

SÉPTIMO: En firme esta decisión, **CANCÉLESE** su radicación, **ENVÍESE** al despacho de origen para su cumplimiento, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 052

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA