



Cartagena de Indias D. T. y C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-006-2018-00108-01
Demandante	HUGO ARMANDO HERNANDEZ MENDOZA
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de fecha cinco (05) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

III. ANTECEDENTES

1. La Demanda

1.1 Pretensiones.

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

“PRETENSIONES

PRIMERO: Que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 5906 del 22 de Julio de 2015, No. 9541 del 30 de Noviembre de 2015 y el comunicado 0010046 consecutivo 2018-10047 del 01 de Febrero de 2018, proferidas por LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL, por la cual se resuelve la Asignación de Retiro del señor HUGO ARMANDO HERNANDEZ MENDOZA.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la anterior nulidad se proceda a restablecer el derecho, ordenando a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL a reconocer y pagar la asignación de retiro a que tiene derecho el señor Sargento Viceprimero HUGO ARMANDO HERNANDEZ MENDOZA, desde el día 09 de Noviembre de 2011 hasta que se verifique su pago.

TERCERO: que se condene a la demandada a pagar los retroactivos con los reajustes de ley, desde el día 09 de Noviembre de 2011 hasta el día que se verifique su pago.



CUARTO: Ordenar el pago indexado de los dineros correspondientes a la mesada dejadas de pagar desde la fecha de su retiro de la Armada Nacional, es decir desde el día 09 de Noviembre de 2011, o desde la fecha que resulte probada hasta que la fecha de ejecutoria de la Sentencia.

QUINTO: Ordenar el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes de la Asignación de Retiro desde el momento en que quedo ejecutoriada la Sentencia hasta el momento en que se verifique el pago en los términos del art. 192 de la ley 1437 del 2011 y demás normas armónicas y concordantes.

SEXTO: Ordenar a la Entidad demandada el pago de los gastos y costas procesales, así como las agencias en Derecho".

1.2. HECHOS

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

- Manifiesta el accionante que ingresó a la Armada Nacional como alumno suboficial desde el 08 de enero de 1996 hasta el 19 de septiembre de 1996, como suboficial desde el 20 de septiembre de 1996 hasta el 10 de agosto de 2011, y tres de alta desde el 10 de agosto de 2011 hasta el 09 de noviembre de 2011, siendo un total quince (15) años, diez (10) meses y un (01) día. Arguye que nació el 08 de diciembre de 1976.
- Indica el actor que cuando se vinculó a la Armada Nacional estaba vigente el Decreto 1211 de 1990, el cual establecía en su artículo 163 una asignación de retiro a los oficiales y suboficiales que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años.
- Arguye que fue retirado de servicio activo el 09 de noviembre de 2011, en forma temporal con pase a la reserva y por Facultad Discrecional, mediante Resolución No. 590 del 10 de agosto de 2011, proferida por la Armada Nacional.
- Señala el actor que el 16 de junio de 2015 presentó solicitud de reconocimiento y pago de la asignación de retiro a su favor a CREMIL, la cual fue negada mediante Resolución No. 5906 del 22 de julio de 2015; el 26 de enero de 2018 solicitó nuevamente reconocimiento y pago de la asignación de retiro, para lo cual recibió como respuesta de CREMIL que dicha solicitud había sido resuelta, mediante Resoluciones No 5906 del 22 de julio de 2015 y 9541 del 30 de noviembre de 2015.

1.3. Normas violadas y concepto de violación.

Considera el actor que se vulneraron los artículos 13, 48, 53 y 150 de la Constitución Política; la Ley 923 de 2004, el Decreto 1211 de 1990 y el Decreto 0991 de 2015.

Declara el accionante que al momento de incorporarse a la Armada Nacional se encontraba vigente el Decreto 1211 de 1990, el cual exigía 15 años de servicio al margen de la causal del retiro.

2. Contestación de la demanda¹.

La entidad accionada presentó escrito de contestación de la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; aduce que el accionante se retiró bajo el imperio del Decreto 4433 de 2004, por lo tanto no le es aplicable normas anteriores, salvo que el legislador expresamente disponga lo contrario, lo que no sucedió en el presente caso.

2. Sentencia apelada².

Mediante sentencia de fecha cinco (05) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, señalando lo siguiente:

En primer lugar, consideró el Juez de primera instancia que le asiste derecho al reconocimiento de la asignación de retiro, teniendo en cuenta que al momento de ingresar al servicio de la Armada Nacional (08 de enero de 1996), se encontraba vigente el Decreto 1211 de 1990, el cual indica en su artículo 163 un tiempo de servicio de 15 años para el reconocimiento de la asignación cuando el retiro se diera por causa distinta a la voluntad propia.

Expone el A quo, que si bien el acto demandado señala el decreto 1211 de 1990, se vislumbra que realmente se cimienta en el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, puesto que manifestó que la causal por la que fue retirado del servicio exige un tiempo de servicio activo mínimo de 18 años y siendo que el mismo no cumplió con este término procedió a negar el reconocimiento.

¹ Folios 81-86.

² Folios 148-153.

Señala el Despacho que posteriormente el artículo 14 del Decreto 4433 del 2004 fue declarado nulo por el Consejo de Estado mediante sentencia proferida el 23 de octubre de 2014, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez, radicado interno 15551-2007, lo que conllevó a la expulsión de la vida jurídica; dado lo anterior se afectó la situación jurídica del demandante en la medida que al proferirse la sentencia precitada no se encontraba consolidada su situación, puesto que la discusión gira en torno si su derecho debía basarse en esa norma.

Debido a la nulidad del artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, debía aplicarse para su reconocimiento la Ley 923 de 2004, el cual contempla un régimen de transición en su artículo 3, numeral 3.1, inciso segundo, toda vez que el único condicionamiento es que al momento de entrar en vigencia, la persona se encuentre en servicio activo, por ende no se podía exigir un tiempo superior al regido por las disposiciones anteriores, siendo aplicable el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990 el cual establece 15 años de servicios para el reconocimiento de la asignación de retiro, requisito cumplido por el actor, debido a que al momento de su retiro contaba con 16 años y 20 días.

4. Recurso de apelación³.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando que se revoque y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda, arguyendo en síntesis lo siguiente:

Indica el recurrente que los derechos y obligaciones, el régimen de carrera prestacional y disciplinario de los miembros de las Fuerzas Militares forman parte de un Régimen Especial que le es propio, diferente del Régimen General del cual forman parte los demás trabajadores, dicha situación se encuentra consagrada en el artículo 217 inciso 3 de la Carta Política.

Conforme a los preceptos constitucionales se han proferido distintas normas para reglamentar y organizar la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares; para el reconocimiento de la asignación de retiro se debe realizar teniendo en cuenta las normas vigentes a la fecha de dicho reconocimiento.

³ Folios 159-162.

Respecto a la condena en costas y agencias en derecho, expone la entidad demandada que debe revocarse y no debió aplicarse puesto que no realizó actos dilatorios, temerarios ni encaminados a perturbar el procedimiento, por el contrario, hizo buen uso de su derecho de defensa.

5. Trámite procesal de segunda instancia:

Mediante auto de fecha dieciocho (18) de enero de dos mil veintiuno (2021), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada, por medio de auto de fecha veintitrés (23) de marzo de dos mil veintiuno (2021), se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

III.- CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

IV.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.

2. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme la impugnación, el problema jurídico se centra en determinar lo siguiente:



- a. *Es procedente declarar la nulidad de la Resolución No. 5906 del 22 de julio de 2015, Resolución 9541 del 30 de noviembre de 2015 y el comunicado 0010046 consecutivo 2018-10047 del 01 de febrero de 2018 proferidas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- CREMIL, mediante las cuales se resolvió negar asignación de retiro al señor HUGO ARMANDO HERNANDEZ MENDOZA y en consecuencia se ordene el reconocimiento y pago de la asignación de retiro teniendo en cuenta el Decreto 1211 de 1990.*
- b. *¿Es procedente la condena en costas a la parte demandada en primera instancia y la fijación de agencias en derecho a favor de la parte demandante?*

3. TESIS

La Sala CONFIRMARÁ la sentencia apelada, teniendo en cuenta que le asiste al demandante el reconocimiento y pago de la asignación de retiro conforme a lo establecido en el decreto 1211 de 1990, dado que la norma vigente al momento de su retiro se declaró nula por parte del Consejo de Estado; igualmente es procedente la imposición de la condena en costas y agencias en derecho a la parte vencida; en los términos del artículo 188 del CPACA, en armonía con el artículo 365 y siguientes del CGP.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. Marco Jurídico y Jurisprudencial.

4.1. Del Régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

De conformidad con el artículo 217 de la Constitución Política, se autorizó expresamente al Legislador para determinar el régimen prestacional de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, como parte de la Fuerza Pública según el artículo 216 del Estatuto Superior. En desarrollo de esta preceptiva, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, señaló que el sistema integral de seguridad social no se aplica a los miembros de la fuerza pública.⁴

⁴ "ARTÍCULO 279. Excepciones. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas. (...)"



En la misma línea, el artículo 150 numeral 19 de la Carta Política, autorizó expresamente al Legislador para regular de manera particular el régimen de seguridad social al que deben acogerse dichos servidores públicos, de lo cual se concluye que gozan de un régimen especial de prestaciones sociales.

A su vez, la Corte Constitucional⁵ agregó que, gozarán de dicho régimen especial a partir del establecimiento de unas condiciones mejores, las cuales permitan acceder a un régimen pensional más beneficioso en tiempo, en porcentajes o en derechos, con el fin de lograr un equilibrio en el desgaste físico y emocional que sufren durante un período largo de tiempo, debido a la prestación ininterrumpida de una función pública, la cual envuelve un peligro inminente.

Así mismo, se aplican a todos los miembros de la Fuerza Pública la Ley 923 de 2004, la cual contiene normas, objetivos y criterios para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros que pertenecen a la Fuerza Pública, conforme a lo establecido por la Constitución Política en su artículo 150, numeral 19, literal e).

Igualmente, el Decreto 4433 de 2004, por medio del cual se fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública; el Decreto 1515 de 2007, mediante el cual se fijaron los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, entre otros cargos; y finalmente el Decreto 2863 de 2007, por medio del cual se modificó parcialmente el Decreto 1515 de 2007, y se dictaron otras disposiciones.

4.2. Marco Normativo y Jurisprudencial aplicable en materia de reconocimiento de asignación de retiro a los integrantes de la Fuerza Pública⁶

Con base en lo establecido en la Ley 66 de 1987, el Presidente de la República expidió, entre otros, los Decretos Leyes 1211 o estatuto de personal de oficiales

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C -432 de 2004.

⁶ Consejo de Estado sentencia 00159, CP: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ de fecha 19 de febrero de 2018. Expediente N°: 05001-23-33-000-2016-00159-01 N° Interno: 0791-2017

⁷ "Por medio de la cual se aprueba el Convenio 160 sobre estadísticas del trabajo, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 71a. Reunión, Ginebra, 1985"





y suboficiales de las Fuerzas Militares, y 1214 de 8 de junio de 1990 o estatuto y régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional. A pesar de que dichas normas fueron dictadas con anterioridad a la promulgación de la Constitución Política de 1991, debe afirmarse que los regímenes pensionales especiales en ellas contenidos son perfectamente válidos actualmente, si se predicen respecto de situaciones que razonablemente merecen un trato diferenciador.

Este es el caso de los miembros de las Fuerzas Militares, constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, los cuales, dada la complejidad de su labor en beneficio de los intereses de la Nación, gozan de un trato prestacional especial por expresa previsión constitucional.⁸

En el caso de los miembros de las Fuerzas Militares el beneficio es percibir una asignación de retiro, que está regulada en los términos del artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, donde se determinó un tiempo de servicio para el reconocimiento de la prestación un mínimo de 15 años y más de 20 años de servicios.

El mencionado artículo 163 del Decreto 1211 de 1990 dispone:

“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.

⁸ Artículo 217 de la Constitución Política: La Nación tendrá para su defensa unas fuerzas militares permanentes constituidas por el ejército, la armada y la fuerza aérea. Las fuerzas militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. La ley determinará el sistema de reemplazos en las fuerzas militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que le es propio.



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."

Para el reconocimiento de la asignación, por el límite de 15 años de servicio, el retiro debe producirse por llamamiento a calificar servicios, por voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, por disminución de la capacidad psicofísica, incapacidad profesional, por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente.

Respecto al límite de 20 años, el retiro se hubiera ocasionado por voluntad del militar, caso en el cual, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares debe pagar una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de dicho 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.

Posteriormente, a través de la Ley 923 de 30 de diciembre de 2004 se señalaron 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, ordinal 19, literal e) de la Constitución Política.

La mencionada ley marco o cuadro, señaló en su artículo 3 los elementos de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, y que dicha prestación, se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el servicio y/o el aportado; determinando un tiempo mínimo de 18 años de servicio y sosteniendo que en ninguna circunstancia se exigirá un tiempo superior a 25 años.

Señala la norma, que para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional indicó que a los miembros en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 no se les exigirá un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones anteriores, sin que pueda ser superior a 20 años de servicios



cuando el retiro se produzca a solicitud propia, ni inferior a los 15 años de servicios cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.

Es preciso señalar que la Ley 923 de 1994 fue reglamentada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 4433 de 2004, el cual, en el artículo 14 estableció que los Oficiales y Suboficiales activos al momento de la entrada en vigencia de dicha norma, tendrán derecho a una asignación mensual de retiro, siempre y cuando sean retirados con 18 o más años de servicio, 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 20 años de servicio. Para precisar aún más lo anterior es preciso transcribir los artículos 14 y 15 del Decreto 4433 de 2004:

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.

ARTÍCULO 15. Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto y que sean retirados después de veinte (20) 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 veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro, así:

15.1 Setenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los veinte (20) primeros años de servicio.

15.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los veinte (20) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

15.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

PARÁGRAFO. También tendrán derecho al pago de asignación mensual de retiro, en las condiciones previstas en este artículo, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que se retiren por solicitud propia siempre y cuando tengan veinte (20) o más años de servicio y hayan cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad los hombres y cincuenta (50) años de edad las mujeres.

Con relación a la interpretación estas normas el Consejo de Estado⁹ señaló:

“...En otras palabras, cuando en la Ley Marco se estipuló (sic) que no se puede exigir un tiempo de servicio “inferior a 15 años”, lo que el Legislador pretendió fue que el

⁹ Sección Segunda, sentencia de treinta (30) de junio de dos mil once (2011), con ponencia del Magistrado Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, dentro del proceso radicado con el número: 11001-03-25-000-2007-00040-00(0752-07) Actor: Miguel Arcángel Villalobos Chavarro



tiempo de servicio requerido para la obtención de la asignación de retiro, no fuera fijado por debajo de esos 15 años, sin que de ninguna manera el sentido de la norma fuera que dicho lapso de tiempo de servicio, se convirtiera en inmodificable por el Ejecutivo; lo que a contrario sensu significa que el Gobierno, se encontraba facultado para establecer un tiempo superior, pudiéndose entonces mover dentro de ese rango, sin que ello comporte el desconocimiento de la Ley Cuadro. Por lo demás, el Parágrafo 1º de los artículos acusados, es evidente que respeta el tope mínimo fijado por la Ley Reglamentada, si se tiene cuenta que, en casos de retiro por otras causales, dispuso que los miembros de la Fuerza Pública tendrían derecho a la asignación de retiro cuando a la fecha de su vigencia "tuvieren quince (15) años o más de servicios", en los mismos montos que fueron fijados por los Decretos - Leyes 1211, 1212 y 1213 de 1990."

Así, de manera excepcional 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. A su vez, se debe tener en cuenta que el parágrafo del artículo 2º del Decreto 4433 establece una garantía de derechos adquiridos para aquellos Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a una asignación de retiro, los cuales conservarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos, conforme a normas anteriores.

Es dable precisar que mediante sentencia del 23 de octubre del 2014, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁰, el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004 fue declarado nulo, puesto que se consideró que el Gobierno Nacional desbordó su potestad reglamentaria al aumentar la edad para acceder a la asignación de retiro de 15 a 18 años, igualmente se vulneró la cláusula de reserva legal. Dado que se declaró la nulidad de la norma precitada, se debe entender que desapareció del ordenamiento jurídico, situación que se estima desde el mismo momento en que fue expedida, es decir desde el 31 de diciembre de 2003.

5. CASO CONCRETO

5.1 Hechos probados

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de fecha 23 de octubre de 2014. Consejera Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez. Radicado interno: 1551-2007.

- Obra en el expediente copia de certificado proferido por las Fuerzas Militares de Colombia- Armada Nacional de fecha 14 de diciembre de 2017, mediante el cual consta que el señor Hugo Armando Hernández Mendoza laboró en la Armada Nacional, prestando los servicios de la siguiente forma: Alumno suboficial desde el 08 de enero de 1996 a 19 de septiembre de 1996, suboficial desde el 20 de septiembre de 1996 al 10 de agosto de 2011 y tres meses de alta desde el 11 de agosto de 2011 al 09 de noviembre de 2011, igualmente consta que el retiro fue discrecional de acuerdo a Resolución Comando Armada No. 590 del 10 de agosto de 2011. (fl. 13)

-Obra en el expediente Resolución 5906 del 22 de julio de 2015, proferida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante el cual se resuelve negar el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al señor Sargento Viceprimero de la Armada Nacional Hugo Armando Hernández Mendoza. (fls. 15-16)

-Obra en el expediente Resolución 9541 del 30 de noviembre de 2015, proferida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante la cual se confirma la Resolución 5906 del 22 de julio de 2015. (fls. 17-18)

-Obra en el expediente Certificado CREMIL 9379 de fecha 10 de febrero de 2018, mediante el cual se da respuesta a solicitud de asignación de retiro del señor Hugo Armando Hernández Mendoza, mediante el cual se le niega lo pretendido. (fl. 27)

5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

En el sub judice, pretende el accionante se declare la nulidad de la Resolución No. 5906 del 22 de julio de 2015, Resolución 9541 del 30 de noviembre de 2015 y el comunicado 0010046 consecutivo 2018-10047 del 01 de febrero de 2018 proferidas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- CREMIL, mediante las cuales se resolvió negar asignación de retiro al señor HUGO ARMANDO HERNANDEZ MENDOZA y en consecuencia se ordene el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

A su turno, el Juez de primera instancia concedió las pretensiones de la demanda exponiendo que le asiste derecho al reconocimiento de la asignación de retiro al demandante, teniendo en cuenta que al momento de ingresar al servicio de la Armada Nacional (08 de enero de 1996), se



encontraba vigente el Decreto 1211 de 1990, el cual indica en su artículo 163 un tiempo de servicio de 15 años para el reconocimiento de la asignación cuando el retiro se diera por causa distinta a la voluntad propia. Advierte, que si bien el acto demandado señala el decreto 1211 de 1990, se vislumbra que realmente se cimienta en el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, puesto que manifestó que la causal por la que fue retirado del servicio exige un tiempo de servicio activo mínimo de 18 años y siendo que el mismo no cumplió con este término procedió a negar el reconocimiento.

Señala el A quo, que posteriormente el artículo 14 del Decreto 4433 del 2004 fue declarado nulo por el Consejo de Estado mediante sentencia proferida el 23 de octubre de 2014, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez, radicado interno 15551-2007, lo que conllevó a la expulsión de la vida jurídica; dado lo anterior se afectó la situación jurídica del demandante en la medida que al proferirse la sentencia precitada no se encontraba consolidada su situación, puesto que la discusión gira en torno si su derecho debía basarse en esa norma.

Debido a la nulidad del artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, debía aplicarse para su reconocimiento la Ley 923 de 2004, el cual contempla un régimen de transición en su artículo 3, numeral 3.1, inciso segundo, toda vez que el único condicionamiento es que al momento de entrar en vigencia, la persona se encuentre en servicio activo, por ende no se podía exigir un tiempo superior al regido por las disposiciones anteriores, siendo aplicable el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990 el cual establece 15 años de servicios para el reconocimiento de la asignación de retiro, requisito cumplido por el actor, debido a que al momento de su retiro contaba con 16 años y 20 días.

A su turno, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, presentó recurso de apelación contra la anterior decisión, solicitando que se revoque y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda, arguyendo en síntesis que los derechos y obligaciones, el régimen de carrera prestacional y disciplinario de los miembros de las Fuerzas Militares forman parte de un Régimen Especial que le es propio, diferente del Régimen General del cual forman parte los demás trabajadores, dicha situación se encuentra consagrada en el artículo 217 inciso 3 de la Carta Política.

Conforme a los preceptos constitucionales se han proferido distintas normas para reglamentar y organizar la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas



Militares; para el reconocimiento de la asignación de retiro se debe realizar teniendo en cuenta las normas vigentes a la fecha de dicho reconocimiento; en el presente caso la prestación quedó consolidada bajo el imperio del decreto 4433 de 2004, constituyéndose como un derecho adquirido.

Respecto a la condena en costas y agencias en derecho, expone la entidad demandada que debe revocarse y no debió aplicarse puesto que no realizó actos dilatorios, temerarios ni encaminados a perturbar el procedimiento, por el contrario hizo buen uso de su derecho de defensa.

En este contexto procede la Sala a resolver el problema jurídico, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, los hechos probados y el objeto de la apelación.

Conforme el marco normativo y jurisprudencial, precisa esta Magistratura que el artículo 217 de la Constitución Política, autorizó expresamente al Legislador para determinar el régimen prestacional de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, como parte de la Fuerza Pública según el artículo 216 del Estatuto Superior. En desarrollo de esta preceptiva, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, señaló que el sistema integral de seguridad social no se aplica a los miembros de la fuerza pública.¹¹

El artículo 150 numeral 19 de la Carta Política, autorizó expresamente al Legislador para regular de manera particular el régimen de seguridad social al que deben acogerse dichos servidores públicos, de lo cual se concluye que gozan de un régimen especial de prestaciones sociales.

Por otra parte, precisa la Sala, que en materia pensional la regla general es que la norma aplicable es la que se encuentre vigente en el momento en que se reúnan los requisitos que permiten acceder a la prestación.

Se tiene entonces que el retiro del demandante fue realizado el 10 de agosto de 2011, fecha en la que se encontraba vigente el Decreto 4433 de 2004; sin embargo tal como se expuso en el marco normativo y jurisprudencial, el artículo 14 del Decreto precitado fue declarado nulo por el Consejo de Estado,

¹¹ "ARTÍCULO 279. Excepciones. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas. (...)"



puesto que se consideró que el Gobierno Nacional desbordó su potestad reglamentaria al aumentar la edad para acceder a la asignación de retiro de 15 a 18 años, lo que conllevó a que esta norma desapareciera del ordenamiento jurídico, por lo tanto es necesario remitirse a las normas vigentes en materia pensional para el personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, esto es el Decreto 1211 de 1990.

En este orden, el Decreto 1211 de 1990 en su artículo 163 dispone lo siguiente:

*“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 Comandos de Fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sico física, 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.*

En ese sentido, advierte la Sala, que obra en el expediente copia de certificado proferido por las Fuerzas Militares de Colombia- Armada Nacional de fecha 14 de diciembre de 2017, mediante el cual consta que el señor Hugo Armando Hernández Mendoza laboró en la Armada Nacional, prestando los servicios de la siguiente forma: Alumno suboficial desde el 08 de enero de 1996 a 19 de septiembre de 1996, suboficial desde el 20 de septiembre de 1996 al 10 de agosto de 2011 y tres meses de alta desde el 11 de agosto de 2011 al 09 de noviembre de 2011, igualmente consta que el retiro fue discrecional de acuerdo a Resolución Comando Armada No. 590 del 10 de agosto de 2011 (fl. 13), conforme a lo anterior se acredita que el accionante fue retirado del servicio en el momento en que se encontraba en vigencia el Decreto 4433 de 2004, en ese momento tenía 15 años, 7 meses y un día de servicio activo.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004 fue anulado, es procedente la aplicación del artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, en el que no se hace mención taxativa del retiro discrecional, sin embargo se infiere que esta causal se equipara al retiro por voluntad del Gobierno o de los Comandos de Fuerza.



Así las cosas, considera la Sala que la norma aplicable al demandante es la establecida en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, por contar con más de 15 años de servicios en el momento en el que fue retirado, por lo tanto tiene derecho a la asignación de retiro deprecada.

Por otro lado, en cuanto las costas procesales, precisa esta Magistratura que son aquella erogación económica que debe asumir la parte que resulte vencida en un proceso judicial, que se compone de las i) expensas y las ii) agencias en derecho.

A su turno, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado *“Las primeras responden a los gastos necesarios para tramitar el proceso, tales como son el valor de copias, publicaciones, impuestos de timbre, honorarios de peritos, honorarios de auxiliares de la justicia, gastos de desplazamiento por diligencias fuera del despacho judicial, gasto de traslado de testigos, por citar algunos ejemplos.*

Las segundas -agencias de derecho-, obedecen a la suma que el juez debe ordenar en beneficio de la parte favorecida con la condena en costas, para reconocerle los costos afrontados por la representación de un abogado o, si actuó en nombre propio, como contraprestación por el tiempo y esfuerzo dedicados a la causa.”¹²

Acota esta Corporación, que en materia de condena en costas, el CPACA, abandonó el criterio subjetivo contenido en el C.C.A; adoptando un criterio objetivo valorativo; el cual, como lo ha sostenido el Consejo de Estado¹³; es objetivo porque en toda sentencia se dispondrá sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP; y es valorativo porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO,, SALA DE DECISIÓN ESPECIAL No. 27, MAGISTRADA: ROCIO ARAÚJO OÑATE, Bogotá D.C., seis (6) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

¹³ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección A, Auto del 21 de enero de 2021, exp: 25000-23-42-000-2013-04941-01 (3806-2016), MP. Dr. WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ.

medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, que en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

En este orden, a juicio de la Sala, la condena en costa impuesta por el A quo, se encuentra ajustada al criterio objetivo valorativo en comentario; en el cual, se reitera, no se analiza el criterio subjetivo o la conducta procesal asumida por la parte vencida; de tal manera, que procede la condena en costas, por el hecho de ser vencido en el proceso y en la medida de su comprobación; por lo que como quiera que la parte actora estuvo representada por abogado, se causaron las agencias en derecho, e igualmente los gastos del proceso.

Por lo anterior, considera esta Magistratura que se debe confirmar la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que el demandante tiene derecho al reconocimiento de la asignación de retiro conforme al Decreto 1211 de 1990; además es procedente la imposición de la condena en costas y agencias en derecho a la parte vencida.

5.3 Condena en costas en segunda instancia.

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, habiendo sido resuelto de forma desfavorable el recurso de apelación de la parte demandada en el presente asunto, se condenará en segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI. FALLA

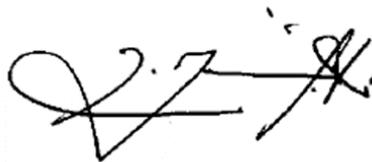
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha cinco (05) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada, liquídense por la Secretaría del Juzgado de Primera instancia, conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose las agencias en derecho, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al Despacho de origen para que se sirva dar cumplimiento a lo ordenado en esta providencia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LOS MAGISTRADOS



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ



MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA