

Cartagena de Indias D.T y C., treinta (30) de junio de dos mil dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-002-2015-00351-01
Demandante	RAÚL CAMARGO CARABALLO
Demandado	CREMIL
Tema	<i>Se confirma sentencia de primera instancia-Reconocimiento de asignación de retiro- Aplicación de la sentencia que declara la nulidad del artículo 14 del Decreto 4433 de 2004.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ¹

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de Decisión No. 003², a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia dictada el 24 de mayo de 2018, por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, en la cual se decidió acceder a las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda³.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor RAÚL CAMARGO CARABALLO instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de CREMIL para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

3.1.1 Pretensiones⁴

PRIMERO: Que se declare la nulidad de las Resoluciones No. 4440 del 19 de mayo de 2014, expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de la Asignación de Retiro al Señor Suboficial Primero de la Armada RAÚL FLORENTINO CAMARGO

¹ En atención a que el fallo convocado el 26 de febrero de 2021, por el Magistrado de conocimiento Dr. José Rafael Guerrero Leal, fue derrotado por los restantes magistrados de la sala de decisión, correspondiéndole al que sigue en turno.

² Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

³ Folio 1-21 cdno 1

⁴ Folio. 2-4 cdno 1

13-001-33-33-002-2015-00351-01

CARABALLO, al igual que el servicio médico correspondiente, así como de la Resolución N.º 6323 del 16 de Julio de 2014, que confirmó en todas y cada una de sus partes la anterior resolución.

SEGUNDO: Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada, a reconocer y pagar al Suboficial Primero de la Armada RAÚL FLORENTINO CAMARGO CARABALLO, una Asignación de Retiro equivalente al 50% del monto de las partidas que devengaba a la fecha de su retiro, conforme lo dispone el Decreto 1112 del 8 de Junio de 1999 y beneficiándose del servicio médico correspondiente, junto con los reajustes legales correspondientes, por cuanto, el demandante fue retirado del servicio activo con más 15 años de servicio.

TERCERO Que se ordene a la demandada por indemnización de los perjuicios morales a pagar a RAÚL FLORENTINO CAMARGO CARABALLO, el equivalente a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CUARTA: Que la condena respectiva será actualizada de conformidad a lo previsto en el artículo 177 del Código Contenciosa Administrativo, y se reconocerán los intereses comerciales durante los seis (6) primeros meses a su ejecutoria y moratorios después de este término.

SEXTA: Que el ajuste decretado a la pensión sea en los términos del artículo 187 del Código de procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo hasta la fecha de ejecutoria de la providencia, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$R = RH \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$

SÉPTIMA: Que se condene a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Armada Nacional Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a pagar las costas del proceso.

3.1.2 Hechos⁵

El señor Raúl Florentino Camargo Caraballo ingresó al escalafón de la Armada Nacional como Suboficial mediante la Resolución de Comando Armada N.º 526 del 27 de noviembre de 1997.

Que mediante oficio N.º 1734 de fecha 09 de mayo de 2013, expedido por el Director del Hospital Naval, se le informa que a través de la Resolución N.º 370 de mayo 08 de 2013, se le retira del servicio activo.

⁵ Folio 4-9

13-001-33-33-002-2015-00351-01

Señala que a la fecha del retiro del servicio activo contaba con más 15 años de servicio, desconociendo la demandada que era una persona con una discapacidad laboral, afirmando que nunca se ausentó al servicio, por el contrario, fue declarado no apto para el servicio tres veces con sendas juntas médicas y un Tribunal Médico de revisión militar y de Policía.

- Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía N.º 4162.
- Junta Médico Laboral N.º 61.
- Junta Médico Laboral N.º 142.

Manifiesta que, debió aplicarse para su situación los presupuestos previstos en el artículo 163 del decreto Ley 1211 de 1990, por cuanto al momento de su retiro contaba con más de 15 años de servicio, teniendo el derecho a que se le reconozca y pague a partir de la fecha del retiro (06 de mayo de 2013), una asignación mensual de retiro, equivalente al cincuenta (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 ibídem, las cuales se reajustarán año a año conforme al sistema de oscilación contenido el artículo 169 de la norma citada.

Que después de haber interpuesto acciones de tutela para que le permitieran seguir laborando en la ciudad de Cartagena, a fin de proseguir con su formación profesional de enfermería el 23 de septiembre de 2013, fundamentado en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, solicitó a la demandada el reconocimiento y pago de una asignación de retiro equivalente al 50% del monto de las partidas de que trata el art. 169 ibídem, pero la entidad negó su petición por medio de la Resolución No. 4440 del 19 de mayo de 2014, confirmada a través de la Resolución No. 6223 del 16 de julio de 2014 al desatar el recurso de apelación interpuesto.

3.1.3. Normas violadas y concepto de la violación

A juicio del apoderado del accionante, con la expedición del acto acusado se transgredieron las siguientes disposiciones:

- artículos 2,6,13,25,53,58 y 84 de la Constitución Política,
- artículos 1, 3 y 4 de la Ley 114 de 1913,
- artículos 6 de la Ley 116 de 1928,
- artículo 33 de Ley 37 de 1933,
- artículo 15 de la Ley 91 de 1989,
- Ley 115 de 1994,
- artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo.
- Decreto 1112 de 1999

13-001-33-33-002-2015-00351-01

En el concepto de la violación, la parte accionante sostuvo que los actos administrativos demandados desconocen la garantía de los derechos al trabajo y constitucionales, debido a que, el Decreto 1211 de 1990 le otorga el derecho a percibir una asignación de retiro equivalente al 50% del monto de las partidas devengadas por los miembros retirados con más de 15 años de servicio, por cualquier causa.

3.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.2.1. CREMIL⁶

La entidad accionada contestó la demanda dentro del término establecido en la ley, oponiéndose a todos los hechos y pretensiones de la demanda, salvo lo relacionado con los actos administrativos expedidos por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Sostiene que el actor fue retirado bajo la vigencia del Decreto 4433 de 2004, por inasistencia al servicio por más de 10 días sin causa justificada, con un tiempo de servicio de 16 años, 4 meses y 12 días.

Por lo anterior, la norma aplicable al presente caso es el Decreto 4433 de 2004 por cuanto entró en vigencia el 31 de diciembre de 2004, y en lo referente a la causal de retiro presentada en el caso, la Inasistencia al servicio por más de 10 días sin causa justificada, no se contemplaba como causal aplicable para reconocer la asignación de retiro en el presente caso y que en caso tal, se aplicara otra causal, como por ejemplo la separación absoluta, para lo cual el decreto dispone que debe tener un tiempo de 20 años de servicios para poder acceder a la asignación de retiro, el cual no cumple el actor.

Así las cosas, de acuerdo a la causal de retiro aplicada al señor Raúl Camargo, no se cumple con los requisitos exigidos por el Decreto 4433 de 2004, por lo que el accionante no consolidó el derecho a recibir asignación de retiro.

Señala la entidad que en desarrollo de lo establecido en el numeral 3.9 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004, el decreto estableció un régimen de transición que reconoce las expectativas legítimas de quienes se encontraban próximos a consolidar el derecho de pensión y asignación de retiro, siendo esos preceptos aplicables para aquellos militares que sean retirados bajo la vigencia del Decreto 4433 de 2004. Por lo anterior y como quiera que el militar no cumple con los requisitos para acceder al derecho previsto en el nuevo estatuto, le es aplicable estudiar el régimen de transición consagrado en el Decreto 4433 de 2004.

⁶ Folio 130-134 cdno 1

13-001-33-33-002-2015-00351-01

Agrega que la norma dispone taxativamente que los oficiales o suboficiales de las Fuerzas Militares, que se encontraban en servicio activo a la fecha de su entrada en vigencia, deberán cumplir los requisitos allí dispuestos, y la norma tenía vigencia a partir del 01 de enero de 2005, fecha en que el demandante se encontraba en servicio activo.

El régimen de transición del Decreto 4433 de 2004 estableció unas garantías para aquellos militares que, a la entrada en vigencia de norma tuvieran un tiempo de servicio de 15 años, y que se retiraron bajo ciertas circunstancias, tales como:

- Por llamamiento a calificar servicios.
- Por retiro discrecional.
- Por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado.
- Por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional.

Frente a lo anterior, indicó que las circunstancias allí descritas no se encuadran en la situación del demandante, como es el retiro por inasistencia al servicio por más de 10 días sin causa justificada.

Así las cosas, no le asiste el derecho al demandante de solicitar la nulidad de los actos acusados con fundamento en las normas que no le son aplicables, lo cual resulta improcedente, debido a que los actos administrativos proferidos se encuentran ajustados a derecho, razón por la cual se deben negar las suplicas de la demanda.

Propuso como excepciones las siguientes: (i) Inepta demanda; (ii) Falta de legitimación en la causa por pasiva, y (iii) No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

3.2.2. Ministerio de Defensa- Armada Nacional⁷

La entidad contestó la demanda dentro del término establecido en la ley, oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda al considerar que ha actuado conforme a las normas aplicables al caso en concreto y que el demandante en ningún caso, ha probado la ilegalidad o nulidad de los actos administrativos acusados.

A su vez, sostiene que no tiene legitimación en la causa por pasiva, toda vez que la demandada en el presente asunto es la Nación-Ministerio de Defensa-

⁷ Fols. 157-162 cdno 1

13-001-33-33-002-2015-00351-01

Caja de Retiro de las Fuerzas Armadas, siendo esta entidad quien expidió el acto administrativo demandado, la cual es un establecimiento público de orden nacional con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, que se rige por las normas del Decreto 2342, Decreto-Ley 2002 de 1984, Ley 489 de 1998 y por las disposiciones de sus estatutos internos, por lo que no es necesario demandar a la Nación sino a esta entidad autónoma. Frente a los hechos señala que no le constan debido a que son ajenos a esta entidad.

Propuso como excepciones las siguientes: (i) Falta de legitimación en la causa por pasiva, y (ii) Presunción de legalidad del acto acusado.

3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁸

Con providencia calendada 24 de mayo de 2018, el Juez Segundo Administrativo de esta ciudad dictó sentencia de primera instancia en la que decidió conceder las pretensiones de la demanda.

"PRIMERO: DECLARAR la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Armada Nacional, dentro del presente asunto, por las razones indicadas en esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de los actos administrativos contenidos en las resoluciones números 4440 del 19 de mayo de 2014 y 6323 del 16 de julio de 2014, mediante las cuales, en su orden, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó el reconocimiento de la asignación de retiro radicada por Suboficial Primero de la Armada Nacional, Raúl Florentino Camargo Caraballo, identificado con C.C. núm.72.220.348 y se confirmó en todas sus partes dicha decisión, al desatar el recurso horizontal propuesto, conforme a las especificaciones razones indicadas en esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a título de restablecimiento del derecho que proceda:

- A reconocerle una asignación de retiro al Suboficial Primero de la Armada Nacional, Raúl Florentino Camargo Caraballo identificado con C.C. núm.72.220.348, de conformidad con el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, de acuerdo con el grado que ostentaba, al cumplirse los tres meses de alta de que trata el art. 167 ibidem, pero con efectos fiscales a partir del 25 de abril de 2010, conforme quedó explicado en esta providencia.

- A actualizar las mesadas causadas con fundamento el inciso 4 del artículo 187 de la Ley 1437 del 2011, aplicando la siguiente fórmula:

⁸ Folio 247-255 cdno 1

13-001-33-33-002-2015-00351-01

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) resulta de multiplicar el valor histórico (Rh), que corresponde a la suma adeudada, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), vigente a la fecha de ejecución de la presente sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la formula se aplicará separadamente mes por mes.

La sentencia deberá cumplirse en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA.

CUARTO: DECLARAR de oficio la prescripción de las mesadas de la asignación de retiro del Suboficial Primero de la Armada Nacional, Raúl Florentino Camargo Caraballo, causadas con anterioridad al 25 de abril de 2010, con base en la considerativa de esta providencia.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉXTO: Abstenerse de condenar en costas. (...)"

Manifestó el A-quo que, en el caso de marras, el actor tiene derecho al reconocimiento de la asignación de retiro, por cuanto el régimen pensional que se encontraba vigente cuando ingresó a las Fuerzas Militares era el Decreto 1211 de 1990, el cual establecía como requisito 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.

A su vez sostuvo, que si bien es cierto que el acto administrativo fue fundamentado en el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004 (norma que se encontraba vigente al momento del retiro), para negar el reconocimiento de la asignación de retiro, también lo es que, con posterioridad a ello, el mencionado artículo fue declarado nulo por el Consejo de Estado mediante sentencia 23 de octubre de 2014⁹.

Agrega que ha sido reiterado por la jurisprudencia del Consejo de Estado que en las sentencias 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 los derechos reconocidos bajo la norma anulada.

⁹ Radicado 1551-2007 M.P. Bertha Lucia Ramírez Páez.

13-001-33-33-002-2015-00351-01

Así las cosas, consideró que la sentencia de nulidad del artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, afectó la situación del demandante, por cuanto al proferirse la sentencia no se encontraba consolidada su situación, ya que se estaba discutiendo su derecho al reconocimiento de la asignación de retiro con base al artículo declarado nulo.

3.3 RECURSO DE APELACIÓN¹⁰

Por medio de escrito presentado dentro de la oportunidad correspondiente, la parte demandada CREMIL interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, con la finalidad de que sea revocada la misma.

Argumenta que en base al Concepto Jurídico N° 1.936 de fecha 18 de marzo de 2010, es procedente negar el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del Suboficial Primero de la Armada Nacional Raúl Camargo, toda vez que la causal por la cual fue retirado del servicio activo, no aparece considerada en el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, para efectos del reconocimiento de asignación de retiro, como tampoco fue incluida en el régimen de transición.

Señala que el Consejo de Estado declaró la nulidad del artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, mediante sentencia de fecha 23 de octubre de 2014 y dado a los efectos de las sentencias de nulidad y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 189 del CPACA, en desarrollo del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, al ser declarado nulo, se presentó la viabilidad jurídica de la reviviscencia, que para el presente caso es dar aplicación al artículo 163 del Decreto Ley 1211 de 1990.

No obstante, con la información contenida en la hoja de servicios que expide las Fuerzas Militares y demás documentos en el expediente prestacional, no se cumplen con los requisitos establecidos en la normatividad vigente para reconocer la asignación de retiro, toda vez que el demandante fue retirado del servicio por la causal de inasistencia del servicio por más de 10 días sin justa causa, causal que no existe.

Así, en caso de aplicar el Decreto 4433 de 2004 y teniendo en cuenta la información contenido en la hoja de servicio, es evidente que con el mismo no se cumplen los requisitos dado que la normativa no contempla causal de retiro.

¹⁰ Folio 257-260 cdno 1

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL

El asunto de la referencia fue repartido a este Tribunal a través de acta individual del 23 de agosto de 2018¹¹; siendo admitido mediante auto del 23 de noviembre de 2018¹², y el 05 de marzo de 2019 se corrió traslado para alegar de conclusión¹³.

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante: No presentó escrito de alegatos

3.6.2. Parte demandada- CREMIL¹⁴: Presentó escrito de alegatos, reafirmando los argumentos del recurso de alzada.

3.6.3. Ministerio Público: No presentó el concepto de su competencia.

VI. CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

V.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

De igual forma es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

5.2 Problema jurídico.

De acuerdo con el planteamiento hecho en el recurso de apelación, el problema jurídico a resolver es el siguiente:

¿Es aplicable al demandante el Decreto 4433/03 o el Decreto 1211/90 para el reconocimiento de la asignación de retiro?

¹¹ Folio 2 c. apelaciones

¹² Folio 4 c. de apelaciones

¹³ Folio 7 c. de apelaciones

¹⁴ Folios. 11-12 c. de apelaciones

5.3.- Tesis de la Sala

La Sala CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia, debido a que el actor se encontraba en servicio activo en la Armada Nacional al momento de la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, coligiendo que es beneficiario del régimen de transición del artículo 3 ordinal 3.1. de la norma en mención, por lo que, para el reconocimiento de su asignación de retiro, no podía la entidad exigirle un tiempo mayor al de 15 años establecido por la norma y ratificada por la jurisprudencia en cita.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. 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.¹⁵

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 Constitucional¹⁶ 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

¹⁵ **“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. (...)”

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C -432 de 2004.

13-001-33-33-002-2015-00351-01

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.

5.4.2. Marco normativo y jurisprudencial aplicable en materia de reconocimiento de asignación de retiro a los integrantes de la Fuerza Pública.¹⁷

Con base en lo establecido en la Ley 66 de 1988¹⁸, el Presidente de la República expidió, entre otros, los Decretos Leyes 1211 o estatuto de personal de oficiales 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.¹⁹

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

¹⁷ 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

¹⁸ "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"

¹⁹ **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.

13-001-33-33-002-2015-00351-01

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.*

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 sicofísica, 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.

13-001-33-33-002-2015-00351-01

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 asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, y que dicha prestación, se fijara 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 entrega 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*



13-001-33-33-002-2015-00351-01

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 1º. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieren quince (15) o más años de servicio que sean retirados del servicio activo por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

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

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

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

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



13-001-33-33-002-2015-00351-01

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 Estado²⁰ 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 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

²⁰ 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

13-001-33-33-002-2015-00351-01

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.

5.5.- CASO CONCRETO

5.5.1 Hechos Probados

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- Resolución Nª 6323 del 16 de julio de 2014 proferida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición presentado contra la Resolución Nª 4440 del 19 de mayo de 2014, el cual niega el reconocimiento y pago de la asignación de retiro a Raúl Florentino Camargo Caraballo. (Fol.23-24)
- Resolución Nª 4440 del 19 de mayo de 2014 proferida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio de la cual se niega el reconocimiento y pago de la asignación de retiro a Raúl Florentino Camargo Caraballo. (Fol. 26- 28 y 147-149)
- Citación de Notificación de la Resolución 4440 del 19 de mayo de 2014. (Fol. 25)
- Oficio Nª 1734 MD CG CARMA-SECAR-JEDHU-DISAN-DHONAC-AJ-1-10 de fecha 09 de mayo 2013, por medio del cual se le comunica que mediante la Resolución Nª 370 del 08 de mayo de 2013 se resolvió retirarlo del servicio activo de la Armada Nacional. (Fol. 29)
- Acta de Junta Médico Laboral Nª 142 de fecha 12 de julio de 2012, por medio de la cual se determina con incapacidad permanente con disminución del 11.50% y no apto para el servicio. (Fol.31)
- Resolución Nª 370 de 06 de mayo de 2013, proferido por el comandante de la Armada Nacional, por medio del cual se retira del servicio activo

13-001-33-33-002-2015-00351-01

por inasistencia al servicio sin causa justificada a un Suboficial de la Armada Nacional. (Fol.39 y 145)

- Citación de notificación de la Resolución N° 6323 de 16 de julio de 2014. (Fl. 52)
- Expediente prestacional N° 72220348 de 04 de marzo de 2016 – reconocimiento de asignación de retiro. (Fl. 143-156).

- Hoja de servicio No. 4-72220348 del demandante (fol. 144 reverso).

5.5.2 Análisis crítico de la prueba frente al marco normativo y jurisprudencial.

En primer lugar, observa la Sala que conforme a las pruebas obrantes en el expediente se encuentra según lo plasmado en la hoja de servicio No. 4-72220348, que el señor Raúl Florentino Camargo Caraballo ingresó a la Armada Nacional el día 01 de diciembre de 1997 y que fue retirado en el grado de Suboficial Primero mediante Resolución 370 de 06 de mayo 2013, con novedad fiscal 08 de agosto de 2013, con un tiempo de servicios de 16 años, 4 meses y 12 días.

De acuerdo a la Resolución No. 370 del 06 de mayo de 2013, proferido por el comandante de la Armada Nacional, se retira del servicio activo al señor Camargo Caraballo, por inasistencia al servicio sin causa justificada a un Suboficial de la Armada Nacional, por más de 10 días, desde el 8 de diciembre de 2012, cumpliendo con el tiempo dispuesto en el numeral 25 del artículo 58 de la Ley 836 de 2003 y 107 del Código Penal Militar, para el delito de abandono del servicio (Fol.39 y 145).

Mediante la Resolución 4440 del 19 de mayo de 2014, le fue negada la asignación de retiro al demandante con el argumento que bajo concepto jurídico ante la Sala de Consulta de Servicio Civil del H. Consejo de Estado N° 1935 de fecha 18 de marzo de 2010, sostuvo que no existe la posibilidad que en vigencia del Decreto 4433 de 2004, un oficial o Suboficial sea retirado bajo la causal de inasistencia al servicio sin causa justificada tenga derecho a reconocimiento de asignación de retiro, independientemente el tiempo que llevara vinculado a la institución, debido a que no es una causal contemplada así en el norma. Así mismo, se sostuvo que era imposible aplicar el régimen de transición del parágrafo 1 del artículo 14 del Decreto 4433, toda vez que el Suboficial contaba con menos de 15 años a la entrada en vigencia del mencionado decreto, esto es, el 31 de diciembre de 2004. (Fol. 26- 28 y 147-149).

13-001-33-33-002-2015-00351-01

A través de la Resolución 6323 del 16 de julio de 2014, fue resuelto el recurso de reposición interpuesto por el actor en contra de la resolución antes señalada, confirmando su decisión al no cumplir con los presupuestos del Decreto 4433 de 2004. (Fol.23-24)

Alega la entidad apelante que, la disposición que se encontraba vigente para la fecha de retiro del demandante era el Decreto 4433 de 2004, que exigía un tiempo de servicios de 18 años y este no los cumple.

En el presente asunto, coincide esta Sala con lo manifestado por el A-quo, en el sentido que, al demandante le resulta aplicable lo establecido en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, toda vez que, si bien al momento del retiro del señor Camargo se encontraba vigente el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, también es cierto que, dicho artículo fue declarado nulo por el H. Consejo de Estado mediante sentencia del 23 de octubre de 2014²¹,

Respecto a los efectos de los fallos proferidos por el Consejo de Estado, la Corte Constitucional en sentencia T-121-16, manifestó que los mismos tienen efectos ex tunc, es decir, retrotraen la situación a como se encontraba antes de haberse proferido el acto anulado, sin afectar las situaciones jurídicas que se consolidaron, las cuales, conforme la jurisprudencia de lo contencioso administrativo, son aquellas que han quedado en firme, o han sido objeto de pronunciamiento judicial, es decir, que han hecho tránsito a cosa juzgada, por tanto, no son susceptibles de debatirse ni jurídica ni administrativamente.

En torno a los efectos que produce la declaración de nulidad y haciendo una comparación con los efectos que genera la inexequibilidad, esa Corporación señaló:

“En este punto, es bueno recordar la distinción entre los efectos de la nulidad de los actos administrativos respecto de la declaración de inexequibilidad de una ley. Aquella produce efectos desde el momento mismo de su expedición, o “ex tunc”, pues el estudio de su legalidad se remite a su origen, situación que se distingue de la segunda, la cual como regla general tiene consecuencias a futuro o “ex nunc”, sin afectar la validez de la norma desde su existencia o las situaciones jurídicas que bajo su imperio se generaron (...)”¹

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

²¹ C.P Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado interno 1551-2007.

13-001-33-33-002-2015-00351-01

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 que declaró la 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.

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 encontraran 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.

Adicional a lo anterior, se encuentra probado que al demandante se le realizaron en tres ocasiones juntas médico laborales:

- Acta de Junta Médico Laboral N° 142 de fecha 12 de julio de 2012, por medio de la cual se determina con incapacidad permanente con disminución del 11.50% y no apto para el servicio. (Fol.31)

13-001-33-33-002-2015-00351-01

- Acta de Junta Médico Laboral N° 61 de fecha 19 de febrero de 2013, por medio del cual se determina una incapacidad permanente parcial con disminución al 35.14% y no apto para el servicio. (Fol.33)
- Acta Tribunal Médico Laboral N° 4162, se concluye que el actor tiene una incapacidad permanente parcial y no está apto para la actividad militar. (Fol. 37 y 232)

En las mismas se le determinó una incapacidad permanente parcial y se indicó que no era apto para la actividad militar, recomendación que venía siendo dada desde el primero de ellos el 12 de julio de 2012, y que fue desconocido por la entidad al momento de expedir la Resolución N° 370 de 06 de mayo de 2013, al ordenar el retiro del servicio activo por inasistencia al servicio sin causa justificada.

Así las cosas, comparte esta Corporación la decisión tomada por el A-quo, en el sentido de concluir que, existe prueba de que el actor se encontraba en servicio activo en la Armada Nacional al momento de la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, coligiendo que es beneficiario del régimen de transición del artículo 3 ordinal 3.1. de la norma en mención, por lo que, para el reconocimiento de su asignación de retiro, no podía la entidad exigirle un tiempo mayor al de 15 años establecido por la norma y ratificada por la jurisprudencia en cita.

Al resultar infundados los fundamentos del recurso de apelación, se confirmará la sentencia apelada, que ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del actor.

5.6. De la condena en costa en segunda instancia.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, se procederá a condenar en costas a la parte demandada CREMIL, por cuanto fue resuelto de manera desfavorable el recurso interpuesto por ella.

13-001-33-33-002-2015-00351-01

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 primera instancia, por lo aquí expuesto.

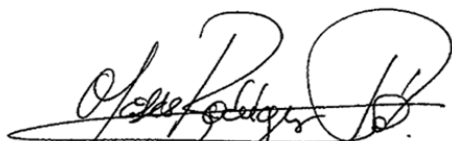
SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a CREMIL, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No.025 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

Salvamento de voto

13001-33-33-002-2015-00351-01

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021)

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO
RADICADO	13001-33-33-002-2015-00351-01
DEMANDANTE	RAUL CAMARGO CARABALLO
DEMANDADO	NACION-MIN-DEFENSA-CREMIL ABOGADOSCITYBANK@YAHOO.COM
MAGISTRADO PONENTE	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
TEMA	Se confirma sentencia de primera instancia-Reconocimiento de asignación de retiro- Aplicación de la sentencia que declara la nulidad del artículo 14 del Decreto 4433 de 2004.

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto que me acostumbra, debo manifestar que me aparto de la posición de la Sala, con fundamento en los siguientes argumentos:

En el caso que ocupó a la Sala decidió confirmar la sentencia apelada al considerar que en el caso de marras el actor era beneficiario del régimen de transición dispuesto en el artículo 3 ordinal 3.1. de la Ley 923 de 2004, por lo que la entidad demandada para el reconocimiento de su asignación de retiro no le podía exigir más de 15 años de servicio.

Sin embargo, disiento de dicha conclusión porque el régimen aplicable al presenta caso debió ser el vigente al momento del retiro del señor Raúl Camargo, esto es, el Decreto 4433 de 2004, el cual también fue el fundamento para que le negaran la asignación de retiro, por lo tanto, se debió verificar el cumplimiento de los requisitos que dispone dicha norma para el reconocimiento de la prestación que el actor estaba pretendiendo.

Bajo esa normatividad, el actor no cumplía con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición, por lo que se debía verificar si cumplía con los requisitos que dispone el artículo 14 del decreto en mención a efectos de reconocer dicha prestación, el cual no estipula la causal por la cual el demandante fue retirado del servicio, esta es, insistencia del servicio sin causa justificada.

Conforme a lo anterior, el demandante no tenía derecho al reconocimiento a la asignación de retiro, debido a que la causal por la cual fue retirado del

13001-33-33-002-2015-00351-01

servicio no se encuentra garantizado en el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, para efectos de reconocer la asignación de retiro.

Aunque es cierto que el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004 fue declarado nulo por el H. Consejo de Estado mediante sentencia del 23 de octubre de 2014¹, se tiene que, por tratarse de un acto administrativo general cuya fuerza normativa es similar a la ley, los efectos de esa sentencia deben mirarse hacia el futuro (Ex nunc), es decir, el artículo 14 del decreto en mención ya no tendría aplicación frente a los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares que sean retirados a partir de esa fecha, mientras el accionante fue retirado en agosto de 2013, es decir, cuando esa norma se encontraba vigente y generaba efectos jurídicos.

Bajo estas razones, me permito apartarme de la decisión de la Sala en esta ocasión.



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

Magistrado

1 Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 23 de octubre de 2014, rad. **11001-03-25-000-2007-00077-01(1551-07)**