



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN No. 4

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Tunja, 14 AGO. 2018

DEMANDANTE:	LUIS JOSÉ ALMEIDA
DEMANDADO:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
REFERENCIA:	152383339752-2015-00010-02
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
TEMA:	RELIQUIDACIÓN ASIGNACIÓN MENSUAL DE RETIRO-SOLDADO PROFESIONAL
ASUNTO:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la apoderado de la parte accionante (fls. 382-403), contra la sentencia de primera instancia proferida el 29 de julio de 2016, por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el fallo de tutela emitido el 26 de julio de 2018 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que ordenó dejar sin efectos la sentencia del 23 de enero de 2018, para que en su lugar, se emita una nueva providencia en la que sean tenidas en cuenta las consideraciones plasmadas en sede de tutela.

I. ANTECEDENTES

1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

1.1. DEMANDA

1.1.1. Declaraciones y condenas (fls. 4)

" 1. Que se **DECLARE LA NULIDAD** del acto administrativo, contenido en la Resolución No. 8119 del 23 de septiembre de 2014, proferido por el Director General de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL**, mediante la cual, se le niega el porcentaje de un 50% de la asignación de retiro al soldado Profesional del Ejército Nacional, señor **LUIS JOSÉ ALMEIDA**.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración, solicitamos, se le ordene a la entidad demandada, que a **TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, la **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL**, le reconozca y pague, mediante acto administrativo, una asignación

mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 163 y 158 del Decreto 1211 de 1990, al **Soldado Profesional LUIS JOSÉ ALMEIDA**, identificado con la cédula de ciudadanía, No. 91.348.185 expedida en Piedecuesta, por el tiempo laborado en el Ejército Nacional, desde la fecha de su retiro, esto es desde el día 15 de julio de 2009, fecha está, en la que fue retirado de la institución castrense por disposición de la capacidad laboral, adquiriendo de esta manera, el derecho a la Asignación de Retiro y demás prestaciones sociales, dejadas de percibir, desde el momento que se produjo su desvinculación del servicio activo, hasta que se profiera el Acto Administrativo que reconozca la Asignación de retiro, de conformidad con el antes relacionado estatuto.

3. Que se decrete la excepción de inconstitucionalidad del artículo 16 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.

4. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido por el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

5. Que se nos reconozca como apoderados del señor **LUIS JOSÉ ALMEIDA**, en los términos del mandato conferido.

6. Que se condene en costas, gastos y agencias en derecho, a la entidad demandada.”

1.1.2. Fundamentos fácticos (fls. 4-7)

Manifestó el apoderado de la parte demandante, que el señor LUIS JOSÉ ALMEIDA laboró durante 15 años, 07 meses y 09 días en el Ejército Nacional, y como último lugar, estuvo en el Batallón de alta montaña, ubicado en el Municipio del Espino- Boyacá.

Indicó que el señor LUIS JOSÉ ALMEIDA, para la fecha 14 de febrero del 2008, fue convocado a la junta médico laboral debido a sus problemas de salud, y mediante acta No. 22964 manifestaron que el demandante sufría una disminución en la capacidad laboral en un 18.55% y que no apto para la actividad militar.

Resaltó que por solicitud de revisión ante Tribunal médico laboral, se mantuvo el porcentaje de incapacidad del actor y se consideró que dicha incapacidad no le permitía realizar actividades militares; fue así que por la recomendación médica, el Ejército Nacional decidió retirarlo del servicio activo, de conformidad con el Decreto 1793 de 2000.

Agregó que por fallo de tutela, el director de personal del Ejército Nacional mediante orden administrativa No. 1740 de fecha 27 de septiembre de 2011, reintegró al soldado profesional, LUIS JOSÉ ALMEIDA; sin embargo, la decisión fue revocada, declarándola improcedente.

Que conforme a lo anterior, el Ejército Nacional, decidió mediante orden administrativa No. 1842 de 2011, retirar del servicio activo al actor.

Manifestó que por el tiempo que permaneció en el Ejército Nacional, esto es, 15 años, 7 meses y 9 días, decidió impetrar solicitud para que le fuera reconocido el equivalente en la asignación de retiro del 50% del monto de las partidas devengadas, la cual fue denegada mediante **Resolución No. 8119 de 2014**, por no cumplirse con los requisitos establecidos en el Decreto 4433 de 2004.

1.1.3. Normas violadas y conceptos de violación (fls. 20-28)

Consideró como normas violadas: Los artículos 1, 2, 4, 5, 11, 13, 47, 53, y 93 de la Constitución. Y como normas legales las Leyes 4 de 1992, 131 de 1985 y 923 de 2004.

Sostuvo que para el caso concreto JOSÉ LUIS ALMEIDA, ingresó el día 1 de noviembre de 1995 a las filas del Ejército nacional, permaneció en el ejército durante 15 años, 7 meses, 6 días, lo que con fundamento en los Decretos 1211 de 1990, en su artículo 163, se puede acceder a la asignación de retiro, indicando entonces que el demandante tenía derecho a la asignación de retiro en un 50%, el cual fue negado mediante Resolución No. 8119 de fecha 23 de septiembre de 2014, desconociendo el Decreto 1211 de 1990 y artículo 3 de la Ley 923 de 2004.

Argumentó que la negación fue fundamentada con el artículo 16 del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, la cual es inconstitucional. Contrariando la ley marco (923 de 2004), por la cual se fijó el régimen prestacional para los miembros de la fuerza pública, en el que precisa el contenido especial del sistema pensional y de asignación de retiro de sus miembros, señalando los requisitos necesarios para su reconocimiento.

Consideró que la Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Cremil, va en contra vía con el Artículo 13 de la Constitución Política, articulado que ilustra el derecho a la igualdad pero que se rompe cuando se otorga preferencias o establece discriminaciones entre asociados, si estos se encuentran en un nivel equiparable desde el punto de vista fáctico.

Solicitó acoger la tesis constitucional y excepcional, que faculta a los jueces en el deber legal de administración de justicia, dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad respecto de la referida norma, toda vez, que quebranta la ley marco (923 de 2004) y que al existir un vacío jurídico, se debe dar aplicación al Decreto 1211 de 1990 en su artículo 163, que

establece 15 años de servicio en las fuerzas militares, de oficiales y suboficiales.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 84-93)

Dentro de la oportunidad concedida para el efecto, la apoderada judicial de la entidad demandada, presentó escrito de contestación oponiéndose a la totalidad de las pretensiones invocadas por la parte actora.

Manifestó que una vez estudiado el tema, se pudo establecer que la entidad no puede conceder el derecho en la normativa que pretende el actor, **pues no ampara a los soldados voluntarios hoy soldados profesionales**, gozando la decisión de la administración de plena legalidad.

Afirmó que cuando la entidad expidió su decisión lo hizo conforme a derecho, orientada por el principio de legalidad que enmarca sus decisiones; en consecuencia, la decisión de la Administración se ajusta a derecho, esto es, en los términos del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, que es la norma que debe aplicarse en este caso, la cual no se prevé el reconocimiento de la Asignación de Retiro a favor del demandante.

Así las cosas, la administración no tiene otra alternativa más que acatar lo dispuesto en el orden jurídico y eso fue precisamente lo que hizo al proferir el acto administrativo impugnado.

Finalmente, propuso como excepciones las que denominó: *i) falta de legitimación en la causa por pasiva, ii) prescripción de mesadas.*

1.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, mediante sentencia proferida el 29 de julio de 2016, resolvió (fls. 372-374):

“PRIMERO.- DENEGAR las pretensiones de la demanda incoada por el señor **LUIS JOSÉ ALMEIDA** contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- condenar a la parte actora en costas. Por secretaria tásense, siguiendo lo señalado por el Código General del Proceso y al pago de las agencias en derecho que serán fijadas por el Despacho, una vez este proveído cobre ejecutoria.

TERCERO.- si no se presentan recursos y ejecutoriada la providencia que resuelva sobre la liquidación de costas, archívense las diligencias, dejando las constancias y anotaciones de rigor en el Sistema de

Información Judicial. Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado.

Para adoptar tal determinación, la juez de instancia estableció con claridad que el Decreto 4433 de 2004 prevé un régimen de transición para **oficiales y suboficiales** de las fuerzas militares que les otorga la posibilidad de retirarse con (15) años de servicio, caso en el cual les reconoce el cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables a que refiere el artículo 13 *ibidem*.

Indicó que con el material aportado al proceso se determina que el señor LUIS JOSÉ ALMEIDA para la fecha en que fue retirado del servicio ostentaba la calidad de **Soldado Profesional**, y para efectos de liquidar su asignación de retiro no se aplica el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, que estableció un régimen de transición para oficiales y suboficiales, sino el artículo 16 que exige para acceder a la citada prestación, tener veinte (20) años de servicio, lo cual hace concluir que el demandante no tiene derecho a la asignación de retiro solicitada, pues tan solo contaba con quince (15) años, siete (7) meses, y nueve (9) días de servicio.

1.4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante, apeló la sentencia con fundamento en lo siguiente (fls. 382-403):

Indicó que el *a quo* realizó un análisis bajo el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el cual va en contra de la Ley marco 923 de 2004, y por tanto en contravía de la Constitución Política, pues el Gobierno Nacional al reglamentar la ley marco con relación a los requisitos exigidos para acceder a la asignación de retiro a favor de los soldados voluntarios – profesionales en servicio activo, excedió los objetivos y criterios mínimos, prefijados por la ley Marco, siendo del caso aplicar la excepción de inconstitucionalidad, para no atender dicha disposición y por ende, obtener la asignación de retiro del acto conforme el régimen aplicable para los oficiales y suboficiales.

Señaló que no se tuvo en cuenta el principio de PROGRESIVIDAD Y NO RETROCESO, que habla el pacto internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales, la cual se ha sostenido en la **Sentencia T - 428 de 2012**, por tanto, sostuvo que la juez de primera instancia desconoció el Decreto 1211 de 1990, y la Ley 923 de 2004.

Manifestó que con la entrada en vigencia del **Decreto Ley 1793 del 2000** se estableció un nuevo régimen de carrera y estatuto del personal de soldados profesionales de las fuerzas militares, subsistiendo inequidad y desigualdad,

frente al Decreto ley 1211 de 1990, que regula el régimen prestacional para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

Así las cosas, consignó la sentencia **C-113 de 1993**, en la que la Corte Constitucional, señaló que *"la expedición de toda ley Marco implica entonces una distribución de poderes y facultades legislativas entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional. En efecto, el Congreso consagra los preceptos generales y el presidente expide los denominados decretos ejecutivos, destinados a reglamentar en forma por demás amplia, los asuntos a que se refiere la ley, decretos estos que, por cierto no tienen la misma jerarquía de la ley de la cual se derivan, pese a tener su misma generalidad y obligatoriedad"*.

En resumen, adujo que el *a quo* no analizó todas las pretensiones propuestas en la demanda, y tampoco limitó su análisis conforme se formuló el problema jurídico en la audiencia inicial, pero aun así, recordó las facultades concebidas para los jueces de la república, en razón al deber de declarar cuando así se considere, la excepción de inconstitucionalidad, como debe ser en este caso, pues el Congreso se extralimitó con la reglamentación para los miembros de las fuerzas militares cobijadas por el Decreto 4433 de 2004.

2. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El anterior recurso fue concedido mediante auto de fecha 1 de septiembre de 2016 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Duitama (fls. 405), y admitido por esta Corporación mediante proveído de 6 de octubre de 2016 (fl. 411-412). A través de auto de 28 de octubre de 2016, se prescindió de la audiencia de que trata el inciso 4º del artículo 247 del C.P.A.C.A y se ordenó correr traslado para alegar de conclusión (fl. 416).

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.1.1. Parte demandante (fls. 418-423)

Apoderado de la parte demandante, allegó en escrito de alegatos de conclusión, reiterando lo argumentado en la demanda y en el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de primera instancia.

2.2. CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO

El agente del Ministerio Público adujo que la fuerza pública ha gozado de un régimen prestacional especial, que no permite a sus beneficiarios se les aplique el sistema normativo general; por tanto, que el régimen especial que para el caso del soldado profesional fue establecido inicialmente a través del Decreto 1794 de 2000.

Arguyó que existe una situación de desigualdad para los soldados profesionales en relación con los oficiales y los suboficiales de la fuerza pública con el Decreto 4433 de 2004, pues se refiere al régimen pensional y de asignación de retiro de la fuerza pública, el cual, en su artículo 14 consagra la forma de liquidación de esta prestación para oficiales y suboficiales, Decreto que desconoció el deber de diferenciar entre quienes ingresaron como soldados voluntarios a través de la Ley 131 de 1985, que posteriormente se convirtieron en soldados profesionales y los que se vincularon con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, pues esta última norma estableció un régimen de transición que reconociera las expectativas legítimas de los miembros de la fuerza pública que se encontraban próximos a acceder al derecho de pensión o asignación de retiro, omisión que resulta ilegal, en tanto que los derechos adquiridos son de rango constitucional.

II. CONSIDERACIONES

1. CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo establecido en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro del trámite surtido hasta este momento procesal no ha encontrado la Sala causal de nulidad alguna que pueda invalidar la actuación realizada.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, corresponde a esta Sala establecer:

.- ¿Si procede declarar la excepción de inconstitucionalidad o ilegalidad del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004?

.- ¿Si procede reconocerle al actor en calidad de soldado profesional asignación de retiro, como quiera que a la fecha de entrada del Decreto 4433 de 2004, tenía 15 años de servicio como requisito exigido conforme al régimen anterior aplicable a los oficiales y suboficiales, esto es, el Decreto 1211 de 1990, el cual se le debe aplicar por principio de igualdad?

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

3.1. Del Régimen Salarial y Prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

La Ley 4 de 1992 "mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deben observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública, y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución", determinó entre otros aspectos que:

"Artículo 1°.- El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará **el régimen salarial y prestacional de:**

...

d. Los miembros de la Fuerza Pública.

..."(negrilla fuera de texto)

A su turno, el artículo 2 *ibídem*, dispuso:

"Artículo 2°.- Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

a. El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales..."

Ahora bien, con fundamento en la Constitución Política, artículos 217 y 218, las fuerzas militares están sujetas a un régimen prestacional, de carrera y disciplinario especiales, además existe el sistema de conscripción y de servicio militar servicio militar voluntario.

El servicio militar obligatorio se encuentra reglamentado en la Ley 48 de 1993 y a su lado, el ordenamiento ha previsto el servicio militar voluntario, es así como la **Ley 131 de 1985**, se encargó de regular el servicio militar voluntario o profesional, norma que contiene las siguientes disposiciones:

"Artículo 1. Sin perjuicio de las disposiciones vigentes que regulan el servicio militar obligatorio, el Gobierno Nacional podrá establecer el servicio militar dentro de los términos de esta ley.

Artículo 2. Podrán prestar el servicio militar voluntario quienes, habiendo prestado el servicio militar obligatorio, manifiesten ese deseo al respectivo Comandante de Fuerza y sean aceptados por

él. Las autoridades militares podrán organizar otras modalidades de servicio voluntario, cuando las circunstancias lo permitan.

...

Artículo 3. La personas a que se refiere el artículo 2 de la presente ley, quedarán sujetas, a partir de su vinculación como soldados voluntarios, al Código de Justicia Penal Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional, y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidan para el desarrollo de esta ley.

Artículo 4 El que preste el servicio militar voluntario devengará una bonificación mensual...

Artículo. 5 El soldado voluntario que estuviere en servicio durante un año, tiene derecho a percibir una bonificación de navidad...

Artículo 6. El soldado voluntario que sea dado de baja, tiene derecho a que el Tesoro Público le pague por una sola vez, una suma equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado en dicha calidad y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar"

Sobre el asunto, el Consejo de Estado, sostuvo:

"En primer término es preciso diferenciar la clase de vínculo que se crea para el Estado, frente al soldado conscripto y en relación con **el soldado voluntario o profesional**; en el primero de los mencionados (soldado conscripto) el vínculo surge del cumplimiento del deber constitucional de defensa de la independencia y las instituciones públicas y no detenta carácter laboral, en tanto que en el **segundo vínculo (soldado profesional) surge de la relación legal y reglamentaria consolidada a través del acto de nombramiento y la posesión del servidor o de la relación contractual creada mediante la suscripción de un contrato laboral.**

A diferencia del soldado profesional que ingresa en forma voluntaria a las filas del Ejército con el fin de prestar un servicio a cambio de una contraprestación y que goza de una protección integral de carácter salarial y prestacional, el soldado conscripto se ve impedido a hacerlo, por imposición del Estado de una carga o gravamen especial, en beneficio de todo el conglomerado social y en aras de su seguridad y tranquilidad. Así es como el conscripto no goza de protección laboral predeterminada frente a los riesgos a que se le somete en cumplimiento de su cometido constitucional, ya que la ley tan solo le reconoce algunas "prestaciones" las cuales de ningún modo pueden catalogarse como laborales y tampoco, se asimilan para efectos de este estudio, al régimen a for fait previsto por la ley para el soldado profesional. ¹ (resaltado fuera de texto)

El demandante invocó como fuente para derivar sus pretensiones, habida cuenta que a la fecha de ingresó laboral del actor no existía normatividad alguna para obtener su asignación de retiro, el Decreto Ley 1211 de 1990, por

¹ Exp. 1997-00448 sentencia del 10 de agosto de 2005 M.P. María Helena Giraldo Gómez.

el cual se reforma el Estatuto del Personal de **Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares**, en sus artículos 158 y 163, normas del siguiente tenor literal:

“PRESTACIONES POR RETIRO

Artículo 158. liquidación prestaciones. Al personal de oficiales y suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas...

Artículo 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, o por disminución de la capacidad psicofísica ...y los que se retiren a solicitud propia después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha 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 equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de este estatuto, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15) sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto.

...” (subraya fuera de texto).

Bajo los preceptos normativos hasta ahora invocados, se pudiera afirmar que no existe norma expresa que consagre el derecho a la asignación de retiro para soldados voluntarios o profesionales que hubieren servido 15 años; contrario a ello, sí existe norma (Decreto 1112 de 1990) que consagra la asignación de retiro con ese tiempo de servicio (15 años) para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, sin consideración a la edad.

Ahora bien, el reconocimiento estatuido hasta ese momento para los soldados profesionales se limita al régimen prestacional y salarial. A saber, a partir de la vigencia del Decreto 65 del 10 de enero de 1994 tienen derecho a devengar una prima mensual de antigüedad equivalente al 6% de la bonificación total por cada año de servicio, sin exceder de 54%, y computable en la prima a que se refiere el artículo 6 de la Ley 131 de 1985. (Artículo 30)

Luego, mediante el **Decreto Ley 1793 del 4 de septiembre de 2000**, el legislador extraordinario expidió **el régimen de carrera y estatuto del personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares**, disponiendo:

*“Artículo 42 Ámbito de aplicación. El presente decreto se aplicará tanto a los **soldados voluntarios que se incorporaron de conformidad***

con lo establecido por la ley 131 de 1985, como a los nuevos soldados profesionales.

Artículo 38. Régimen salarial y prestacional. El Gobierno Nacional expedirá los regímenes salarial y prestacional del soldado profesional, con base en lo dispuesto en la ley 4 de 1992, sin desmejorar los derechos adquiridos.

Artículo 39. Régimen de pensiones. La pensión de vejez, invalidez y sobrevivencia de los soldados profesionales de que trata el presente decreto se regirá por el sistema de capitalización previsto en la ley 100 de 1993.

..." (negrilla fuera de texto)

A su turno, con el **Decreto 1794 de 2000**, el Gobierno Nacional **definió el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares**, estableciendo como prestaciones; la asignación básica, prima de antigüedad, prima de servicios anual, prima de navidad, prima de vacaciones, pasajes por traslado, pasajes por comisión, vacaciones, cesantías, subsidio familiar, planes de vivienda militar y en el artículo 12, señaló:

"Tres (3) meses de alta. El soldado profesional con derecho a pensión, continuará dado de alta en la respectiva contaduría por tres (3) meses a partir de la fecha del retiro para la formación del correspondiente expediente de prestaciones sociales. Durante dicho lapso devengará la totalidad de los haberes correspondientes a su cargo. Ese tiempo no se computa como de servicio."

Conforme el material que milita en el plenario, al soldado Luis José Almeida le era aplicable esta norma, toda vez que a partir del año 2003 fue incorporado como soldado profesional.

A su turno, con el **Decreto 2070 del 25 de julio de 2003**, el Gobierno Nacional, "por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional", extendió su aplicación a los soldados de las Fuerzas Militares; sin embargo, el mentado decreto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, por vulnerar la reserva de la ley marco prevista en el artículo 150, numeral 19 literal e) de la Constitución Política, al conferir facultades extraordinarias para regular el régimen prestacional especial de los miembros de la Fuerza Pública contra expresa prohibición constitucional prevista en el numeral 10 de la misma disposición.² Lo anterior, produjo reincorporar al sistema jurídico las disposiciones que habían sido derogadas, para garantizar la integralidad y supremacía de la Carta Política.

² C-432-2004 sent del 6 de mayo de 2004 M.P. Rodrigo Gil Escobar

Con el advenimiento de la **Ley 923 de 2004 (30 de diciembre)**, se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del **régimen pensional y de asignación de retiro de todos los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150 numeral 19, literal e) de la Constitución Política**, disponiendo en su artículo 3o., numeral 3.1. que:

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

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

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

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

A partir de lo anterior, la jurisprudencia Contencioso Administrativa, concibió de la norma transcrita los siguientes aspectos:

"...

- Como tiempo de servicio para el reconocimiento de la asignación de retiro un mínimo de 18 años y un máximo de 25 años de servicios.
- 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.

Lo anterior, en concordancia al tiempo de servicios señalados en el

artículo 163 del Decreto 1211 de 1990.

Por tanto, el único condicionamiento que la Ley 923 de 2004 consagró para ser beneficiario de la transición señalada en su artículo 3.º es que al momento de la entrada en vigencia la persona se encuentre en servicio activo en las Fuerzas Militares, toda vez, que respecto a la exigencia del término señalado a los miembros activos, únicamente se limitó a respetar los mínimos y máximos señalados en el Decreto 1211 de 1990 para el reconocimiento de la asignación de retiro."³

En efecto, esta normativa infiere que para quienes estuvieran activos en la Fuerza Pública al 30 de diciembre de 2004, se les respetarían las condiciones de normas anteriores que reglaban el reconocimiento de la asignación de retiro, *verbigracia*, el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990 que regulaba la asignación de retiro para oficiales y suboficiales.

Sin embargo, para el caso de *soldados profesionales*, calidad que ostentaba el actor en el *sub exámine*, la norma precitada no es de su resorte, como quiera que estos tienen una disposición específica contenida en el Decreto Ley 4433 de 2004. Su artículo 4º, señala:

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

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

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

Es una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de un cierto grado de especialidad (en requisitos), atendiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce. Se trata, como bien lo afirman los intervinientes, de establecer con la denominación de 'asignación de retiro', una pensión de vejez o de jubilación para los miembros de la fuerza pública, en la medida que el resto del ordenamiento especial de

³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, ocho (8) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 25000-23-42-000-2013-00224-01(3743-14)

dichos servidores públicos, se limita a regular las pensiones de invalidez y sobrevivientes.

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

En cuanto al acto acusado dentro del proceso de la referencia, se resalta que la negativa del reconocimiento de la asignación del retiro del actor, lo fue bajo lo consignado en el **artículo 16 del Decreto 4433 de 2004**, que textualmente reza:

“Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con 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 setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.” (resaltado fuera de texto)

Fuerza concluirse que en el Decreto reglamentario, dispuso que los soldados profesionales **devengarían asignación de retiro cuando sean retirados con 20 años de servicio; aflorando al ordenamiento jurídico el momento del derecho de la asignación de retiro para dichos miembros de las Fuerzas Militares.**

Ahora bien, propone el demandante se inaplique por inconstitucional o ilegal el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, pues fue el fundamento de la negativa de su derecho, argumentando que a él se le debe reconocer el régimen de transición, y por ende, que le sea aplicado el Decreto 1112 de 1990; sin embargo, no puede desconocer esta Corporación que el máximo Órgano de lo Contencioso ya tuvo oportunidad de pronunciarme sobre la legalidad del artículo, en sentencia del 23 de octubre de 2014, expediente: número: 11001-03-25-000-2007-00077-01(1551-07) Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PAEZ, que en lo pertinente consideró:

“Examinado el texto del citado artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, nota la Sección que su texto es de idéntico contenido a la norma que bajo el mismo número formaba parte del Decreto 2070 de 2003 norma que el Presidente de la República expidió con fundamento en las facultades extraordinarias que fueron conferidas por el artículo 17 numeral 3º de la Ley 797 de 2003. El referido Decreto 2070 de 2003 en su integridad, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-432 de 2004 por cuanto no era esa una materia que

podiera ser objeto de la Ley ni tampoco de los Decretos Leyes expedidos en ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas por el Legislador al Presidente de la República, comoquiera que el artículo 150 numeral 19 literal e) estableció que corresponde al Congreso dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a que ha de someterse el Gobierno Nacional para la fijación del Régimen Salarial y Prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso de la República y de la Fuerza Pública, lo que habrá de cumplirse por el Ejecutivo en los decretos que desarrollen la Ley Marco correspondiente.

Ello significa entonces que conforme a la Ley 923 de 2004, el Gobierno Nacional no quebrantó norma preexistente al regular lo pertinente a la asignación de retiro para soldados profesionales conforme aparece en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, cuyo contenido se ajusta, ahora sí a una Ley Marco que lo autorice para el efecto, lo que no ocurrió cuando esa norma formó parte del Decreto-Ley 2070 de 2003 que fue expedido con fundamento en facultades extraordinarias concedidas por el Congreso de la República al Ejecutivo por el artículo 17 numeral 3° de la Ley 797 de 2003, para lo cual no podía expedirlas, según ya se recordó."

Como puede observarse, el artículo 16 no fue declarado nulo, por la potísima razón que no se encontró que se hubiere incurrido en violación del marco competencial del Gobierno Nacional conforme a las normas generales, objetivos y criterios a los que debía someterse según lo dispuesto por la Ley 923 de 2004, así entonces, **se consideró que no quebrantó norma preexistente que regulará la asignación de retiro para soldados profesionales.**

Lo anterior vale decir, que el artículo 16 del Decreto 4433 rige para efectos de colmar las expectativas de quienes estaban en servicio activo al momento de expedirse la Ley marco 923 de 2004, en calidad de soldados profesionales

4. CASO CONCRETO

Descendiendo al asunto debatido, encuentra la Sala conforme al material probatorio, que:

.- El señor Luis José Almeida mediante solicitud enviada a CREMIL el 24 de julio de 2014 solicitó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro a que tiene derecho por haber permanecido en servicio activo del Ejército Nacional, el equivalente correspondiente al 50% del monto de las partidas devengadas para los miembros de las Fuerzas Militares en aplicación al derecho de igualdad y al vacío jurídico de la Ley 131 de 1985 y el Decreto 370 de 1991, de conformidad con los artículos 158 y 163 del Decreto Ley 1211

de 1990, desde la fecha de su retiro, esto es, desde el 15 de julio de 2009 (sic) (fl.50-53).

.- Para el 31 de julio de 1995, conforme la orden administrativa de personal No. 1228, se da de alta al personal reservista como soldados voluntarios, entre ellos, Luis José Almeida (fl.86-88).

.- A folio 75 a 77, obra orden administrativa No. 001175 del 20 de octubre de 2003 (sic), por medio del cual se registra la incorporación como soldado profesional, entre otros, a Luis José Almeida (fl.75-77).

.- Con la orden administrativa de personal No. 1367 del 15 de julio de 2009, se acreditó que el actor, fue retirado del servicio activo de la Institución en calidad de soldado profesional, conforme a causal "acta médico tribunal" (fl.78-80).

.- Con orden administrativa Np. 1740 de 27 de septiembre de 2011, y en virtud de fallo de tutela de primera instancia, se reintegró al servicio al soldado profesional Luis José Almeida (fl. 83-84).

.- Como consecuencia de lo anterior, la Jefatura de Desarrollo Humano, el 10 de diciembre de 2012, hizo constar que el soldado profesional Luis José Almeida, acumuló un tiempo de servicios prestados a las fuerzas militares por **15 años, 7 meses y 9 días hasta el 31 de diciembre de 2011** (fl. 98).

.- A su turno, con la orden administrativa No. 1842 del 28 de octubre de 2011, el jefe de desarrollo humano del Ejército Nacional, dispuso el retiro del servicio activo de la institución al soldado profesional Almeida Luis José, según fallo de tutela que resuelve revocar íntegramente el fallo proferido en primera instancia y la niega por improcedente (fl. 81-82).

.- De igual manera, según la hoja de servicios No. 3-00091348185 el señor Luis José Almeida ingresó al servicio militar el **14 de enero de 1994 al 15 de julio de 2009** (fl. 90).

.- Que mediante Resolución No. 8119 del 23 de septiembre de 2014, se le negó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, atendiendo al tiempo de servicios, el cual es inferior a 20 años (fl.59-61).

Así las cosas, **para la Sala el demandante NO tiene derecho al reconocimiento de la asignación de retiro**, contrario a lo aducido por el recurrente, en la medida que queda claro que al momento de retirarse del servicio el actor, esto fue, el 15 de julio de 2009, solo contaba con 15 años, 7

meses y 6 días de servicio, es decir, que conforme el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el cual estableció como requisito para la asignación de retiro de los soldados profesionales, 20 años de servicios, éste no los cumplió. Lo anterior, sin que tenga cabida la extensión de las normas de los oficiales y suboficiales, pues la norma de aplicación, es contundente en señalar el tiempo que debe cumplir un soldado profesional para que le sea reconocida la asignación de servicio.

Con fundamento en lo expuesto, las pretensiones no están llamadas a prosperar, siendo del caso confirmar la decisión de primera instancia.

4. CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

En virtud de lo preceptuado en los artículos 188 del CPACA y 365 del CGP, así como el criterio adoptado por el Consejo de Estado frente a la imposición de la condena en costas, que a pesar de ser objetivo se le califica de "valorativo"⁴, la Sala condenará en costas a la **parte accionante** en razón a que aparece probada la causación de gastos y fue vencida en el proceso. Su liquidación, incluyendo las agencias en derecho, deberá ser llevada a cabo una vez quede en firme esta providencia, siguiendo lo dispuesto en el artículo 366 del CGP⁵.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 4 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia preferida el 29 de julio de 2016 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Duitama, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la **parte demandante y a favor de la entidad demandada**, de conformidad con lo previsto en el artículo 188 del CPACA y el numeral 1º del artículo 365 del CGP. Por Secretaría del Despacho de primera instancia, procédase a la liquidación correspondiente e inclúyanse las agencias en derecho, siguiendo lo establecido en el artículo 366 *ídem*.

⁴ CE 2A, 7 Abr. 2016, e13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-2014), W. Hernández.

⁵ Sobre la etapa procesal y la forma de liquidar las costas, incluyendo las agencias en derecho, ver: TAB, 22 May. 2018, e150013333013201300095-01, F. Atanador.

TERCERO: Notificada la presente sentencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previo registro en el sistema de información de la Rama Judicial.

Esta providencia se estudió y aprobó en la Sala según acta de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Esta providencia se estudió y aprobó en la Sala según acta de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

me.
JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado

Felix Alberto Rodriguez Riveros
FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

Oscar Alfonso Granados Naranjo
OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

Haja de firmas
Demandante: Luis José Almeida
Demandado: CREMIL
Radicado: 152383339752201500010-02

orden
REGISTRO ADMINISTRATIVO
DE LA FACA
RECEBIDO POR ESTADO
No. 136 de feyr. 15 de feyr. 2015
15/02/2015