



149

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B"

CONSEJERO PONENTE: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., nueve (9) de octubre de dos mil catorce (2014)

Expediente: 190012331000200800354 01

Referencia: 0893-2012

Actor: DEISEN IVÁN CASTILLO
AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 27 de octubre de 2011, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Cauca, negó las pretensiones de la demanda formulada por DEISEN IVÁN CASTILLO contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

ANTECEDENTES

Deisen Iván Castillo, a través de apoderada judicial, acudió a la jurisdicción en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, solicitando la nulidad de los Oficios Nos. 23524 y 23484 de 23 de julio de 2008, suscritos por el Subdirector de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante los cuales le negó el reconocimiento y pago de una asignación de retiro en su condición de Suboficial retirado del Ejército Nacional.



Expediente: 190012331000200800354 01

Referencia: 0893-2012

**Actor: DEISEN IVÁN CASTILLO
AUTORIDADES NACIONALES**

Para efectos de la anterior declaración solicitó, la parte actora, que se inaplique al caso concreto el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004 en la medida en que éste vulnera la Ley 4 de 1992, los artículos 2, 48, 53, 220 y 243 de la Constitución Política y los criterios y objetivos previstos en la Ley 923 de 2004.

Como consecuencia de lo anterior, pidió el demandante que se condenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al reconocimiento y pago a su favor de una asignación de retiro, conforme lo previsto en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990.

Así mismo, solicitó ajustar las sumas resultantes de las diversas condenas conforme a los artículos 171, 177 y 178 del C.C.A., y dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Los hechos de la demanda se resumen así:

Se sostuvo en la demanda que, mediante Resolución No. 1213 de 5 de septiembre de 2006 el Comandante del Ejército Nacional, en ejercicio de la facultad discrecional, ordenó el retiro del demandante en forma temporal con pase a la reserva.

Se argumentó, que al momento en que se produjo el retiro del servicio del demandante éste contaba con 15 años, 4 meses y 16 días de servicio, razón por la cual tenía derecho al reconocimiento y pago de una asignación de retiro de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990.

Lo anterior, se precisó en la demanda, toda vez que la Ley 923 de 2004 vigente al momento en que se produjo el retiro del demandante garantizó los derechos



Expediente: 190012331000200800354 01

Referencia: 0893-2012

**Actor: DEISEN IVÁN CASTILLO
AUTORIDADES NACIONALES**

adquiridos de los oficiales y suboficiales que habían cumplido con la totalidad de los requisitos previstos por las disposiciones anteriores para efectos del reconocimiento de una asignación de retiro.

Así las cosas, se sostuvo que el demandante contaba con un derecho adquirido que permitía el reconocimiento y pago de una asignación de retiro a su favor, dado que al momento de entrar en vigencia la Ley 923 de 2004 éste se encontraba en servicio activo como suboficial del Ejército Nacional.

Con fundamento en lo anterior, el señor Deisen Iván Castillo solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares el reconocimiento y pago de una asignación de retiro, al momento en que se produjo su retiro definitivo del servicio. El 23 de julio del mismo año, el Subdirector de Prestaciones de la referida Caja sostuvo que el demandante no reunía los presupuestos legales para acceder a dicha petición, negando de esta forma el pretendido reconocimiento prestacional.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se citan como normas vulneradas las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 48, 53, 220 y 243.

De la Ley 4 de 1992, los artículos 2 y 10.

De la Ley 734 de 2002, los artículos 10 y 33.

De la Ley 923 de 2004, los artículos 2 numeral 2.8 y 3 numeral 3.1.

Del Decreto 1211 de 1990, los artículos 100 y 104.

Del Decreto 2067 de 1991, el artículo 21.



Expediente: 190012331000200800354 01

Referencia: 0893-2012

**Actor: DEISEN IVÁN CASTILLO
AUTORIDADES NACIONALES**

Al explicar el concepto de violación en la demanda se sostiene, que los actos administrativos acusados vulneran el derecho que le asistía al demandante a obtener el reconocimiento y pago de una asignación de retiro como retribución por el servicio prestado al Ejército Nacional durante más de 15 años, tal y como lo dispone el artículo 220 de la Constitución Política.

Argumentó que, al expedirse la Ley 923 de 2004 el legislador guardó especial cuidado en la protección de los derechos salariales y prestacionales de los miembros de la Fuerza Pública. Lo anterior, a juicio de la parte demandante se concretó, en el artículo 2 de la referida ley, al disponer que los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública conservarían la totalidad de los derechos y garantías previstas a su favor en las disposiciones vigentes con anterioridad.

Bajo este supuesto, se sostuvo que cuando el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 de 2004, reglamentario de la Ley 923 de 2004, exigiendo un mínimo de 18 años de servicios para el reconocimiento de una asignación de retiro para el personal de oficiales y suboficiales en servicio activo, vulneró el artículo 2 de la referida Ley 923 de 2004 al desconocer que la normatividad anterior, esto es, el Decreto 1211 de 1990 exigía únicamente 15 años de servicio para tal efecto.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se opuso a las pretensiones de la demanda con los siguientes argumentos (fls. 62 a 69):

Señaló que, el demandante a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 no contaba con 15 años de servicios, razón por la cual no era beneficiario del régimen de transición previsto en la referida norma y, en consecuencia, no podía



Expediente: 190012331000200800354 01

Referencia: 0893-2012

**Actor: DEISEN IVÁN CASTILLO
AUTORIDADES NACIONALES**

reconocérsele una asignación de retiro con fundamento en lo dispuesto en el Decreto 1211 de 1990.

Precisó la parte demandada que, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 4433 de 2004 el reconocimiento de una asignación de retiro supone que el oficial o suboficial de la Fuerza Pública cuente con 18 años de servicios o que, en su defecto, al momento de entrar en vigencia el referido decreto acreditara 15 años de servicios, circunstancias que no se observan en el caso concreto.

En efecto, manifestó la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que al momento de entrar en vigencia del Decreto 4433 de 2004, esto es el 31 de diciembre de 2004, el señor Deisen Iván Castillo sólo contaba con 13 años de servicio, como Sargento Segundo del Ejército Nacional, lo que imposibilitaba el reconocimiento de la prestación pensional solicitada.

Concluyó que, en el caso bajo examen, contrario a lo afirmado por el demandante no podía hablarse de derechos adquiridos toda vez que, como había quedado demostrado no se daban los supuestos exigidos por el artículo 2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, que el señor Deisen Iván Castillo hubiera acreditado la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a una asignación de retiro.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Cauca, negó las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos (fls. 98 a 110):

Se refiere en primer lugar a que, el Gobierno Nacional con fundamento en las facultades conferidas por el legislador mediante la Ley 923 de 2004 definió el



Expediente: 190012331000200800354 01

Referencia: 0893-2012

**Actor: DEISEN IVÁN CASTILLO
AUTORIDADES NACIONALES**

régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública. Sostuvo el Tribunal que el Presidente de la República mediante el Decreto 4433 de 2004 estableció los requisitos para el reconocimiento y pago de una asignación de retiro, exigiendo para ello que el oficial o suboficial de que se trate hubiera acreditado 18 años de servicio.

Sobre este particular precisó que, el artículo 14 del citado Decreto 4433 de 2004 contempló dos supuestos, a saber, el reconocimiento de una asignación de retiro para el personal de la Fuerza Pública que en vigencia del referido Decreto 4433 de 2004, fuera retirado del servicio, y contara con 18 años de servicio o, en su defecto, que al momento de entrar en vigencia el nuevo estatuto contara con 15 años de servicios y que con posterioridad fueran retirados en forma definitiva del servicio.

Adicionalmente, el Tribunal argumentó que el artículo 2 del Decreto 4433 de 2004 contempló una garantía frente a los derechos adquiridos de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública que hubieren reunido la totalidad de los requisitos exigidos por las normas anteriores, Decreto 1211 de 1990, para efectos del reconocimiento de una asignación de retiro.

Bajo estos supuestos, consideró el Tribunal que teniendo en cuenta que en el caso concreto el señor Deisen Iván Castillo al momento de entrar en vigencia el Decreto 4433 de 2004 contaba con 13 años, 8 meses y 11 días de servicios no era posible ordenar el reconocimiento y pago a su favor de una asignación de retiro, dado que no acreditó como lo exigía el referido decreto mínimo 15 años de servicio.



Expediente: 190012331000200800354 01

Referencia: 0893-2012

**Actor: DEISEN IVÁN CASTILLO
AUTORIDADES NACIONALES**

Adicional a lo anterior, agregó el Tribunal que no habiendo prestado sus servicios por espacio de 15 años al momento de entrada en vigencia el Decreto 4433 de 2004, el demandante tampoco era beneficiario del régimen de transición previsto por el artículo 2 ibídem, el cual de igual forma exigía para efectos del reconocimiento prestacional 15 años de servicio, como se puede observar en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia, con base en los argumentos que se pasan a resumir (fls. 112 a 115):

Se refiere a que, contrario a lo afirmado por la sentencia de primera instancia el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990 no exige que para efectos del reconocimiento de una asignación de retiro los miembros de la Fuerza Pública acrediten un mínimo 15 años de servicio, al momento de su retiro del servicio.

De igual forma, precisó que, el régimen de transición previsto en la Ley 923 de 2004 tampoco exige que los oficiales y suboficiales deban contar mínimo con 15 años de servicios para efectos de aplicársele las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, esto es, la prevista en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990.

Argumentó que, debe entenderse que cuando el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004 exige 18 años para el reconociendo y pago de una asignación de retiro se refiere a los miembros de la Fuerza Pública que entraron a prestar su servicios con posterioridad a la entrada en vigencia del referido decreto y no para los que



Expediente: 190012331000200800354 01

Referencia: 0893-2012

**Actor: DEISEN IVÁN CASTILLO
AUTORIDADES NACIONALES**

como el señor Deisen Iván Castillo vienen vinculados a las filas de la Fuerza Pública con anterioridad.

Concluyó que, en el caso concreto no hay duda de que el actor, al haber prestado sus servicios, como Sargento Segundo, por más de 15 años al Ejército Nacional cuenta con un derecho adquirido a percibir una asignación de retiro, en los términos del artículo 163 del Decreto 1211 de 1990.

CONSIDERACIONES

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

Problema jurídico por resolver

El problema jurídico se contrae en determinar si el señor Deisen Iván Castillo tiene derecho al reconocimiento y pago de una asignación de retiro, a partir del momento en que el Comandante del Ejército Nacional dispuso su retiro del servicio por facultad discrecional, en forma temporal con pase a la reserva.

De la asignación de retiro en los Decretos 1211 de 8 de junio de 1990 y 4433 de 31 de diciembre de 2004.

El Presidente de la República mediante el Decreto 1211 de 8 de junio de 1990 modificó el Estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas

Referencia: 0893-2012
Actor: DEISEN IVÁN CASTILLO
AUTORIDADES NACIONALES

Para mayor ilustración se transcribe el referido artículo 163.

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.”.

Con posterioridad, el legislador mediante el artículo 1 de la Ley 923 de 30 de diciembre de 2004 le definió al Gobierno Nacional la fijación del régimen legal de las asignaciones de retiro, la pensión de invalidez, sobreviviente, sus sustituciones



Expediente: 190012331000200800354 01

Referencia: 0893-2012

**Actor: DEISEN IVÁN CASTILLO
AUTORIDADES NACIONALES**

y reajustes. Lo anterior, conforme a las normas y criterios previstos en la misma disposición.

Así se observa en los artículos 1 y 2 de la referida Ley 923 de 2004.

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

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

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

2.2. La sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal.

2.3. Los riesgos inherentes a la actividad especial de los miembros de la Fuerza Pública aplicando el principio de redistribución de acuerdo con la antigüedad, grados, cuerpo, arma y/o especialidad, la naturaleza de las funciones, y sus responsabilidades.

2.4. El mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas.

2.5. Los recursos que se recauden por aportes que se hagan para la asignación de retiro en la Fuerza Pública y sus rendimientos se destinarán en forma exclusiva al pago de asignaciones de retiro y sustituciones pensionales.

2.6. El manejo, inversión y control de los aportes estarán sometidos a las disposiciones que rigen para las entidades administradoras del régimen de prima media con prestación definida y a la inspección y vigilancia del Estado.

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

El tiempo de servicio exigido para tener derecho a la asignación de retiro será establecido en igualdad de condiciones para el personal de Oficiales,



Expediente: 190012331000200800354 01

Referencia: 0893-2012

**Actor: DEISEN IVÁN CASTILLO
AUTORIDADES NACIONALES**

Suboficiales, Agentes y Miembros del Nivel Ejecutivo que ingresen a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley.

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

Con fundamento en las disposiciones transcritas, el Gobierno Nacional mediante Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004 fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, definiendo el campo de aplicación, alcance y los principios que se debían tener en cuenta para efectos del reconocimiento de la referida prestación (artículos 1¹, 3² y 4³ del referido decreto).

En lo que toca con los requisitos, exigidos para el reconocimiento y pago de una asignación, el artículo 14 ibídem estableció 18 años como tiempo de servicio, siempre que el retiro se produzca por llamamiento a calificar servicios, por retiro discrecional, por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, por disminución de la capacidad sicofísica o por incapacidad profesional.

En este mismo sentido, el párrafo 1 del referido artículo 14, estableció que los oficiales y suboficiales que a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 4433 de

¹ “Artículo 1°. Campo de aplicación. Las disposiciones aquí contenidas se aplicarán a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares, en los términos que se señalan en el presente decreto.”

² “Artículo 3°. Principios. El régimen especial de asignación de retiro y de pensiones de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, deberá responder a los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad.”

³ “Artículo 4°. 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.”



Expediente: 190012331000200800354 01

Referencia: 0893-2012

**Actor: DEISEN IVÁN CASTILLO
AUTORIDADES NACIONALES**

2004, esto es, el 31 de diciembre de 2004, contarán con 15 años de servicio tendrían derecho a una asignación de retiro en el evento en que su retiro del servicio tuviere lugar por llamamiento a calificar servicios, retiro discrecional, sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, disminución de la capacidad psicofísica o por incapacidad profesional.

Así se lee en la referida norma:

“Artículo 14. Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados con dieciocho (18) o más años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

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

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

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

Parágrafo 1°. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieran quince (15) o más años de servicio que sean retirados del servicio activo por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional,



Expediente: 190012331000200800354 01

Referencia: 0893-2012

**Actor: DEISEN IVÁN CASTILLO
AUTORIDADES NACIONALES**

según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

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

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

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

La Sala en este punto no pasa por alto que ante la modificación introducida por el Gobierno Nacional, a través del Decreto 4433 de 2004, en lo que se refiere a los requisitos exigidos para efectos de ordenar el reconocimiento y pago de asignación de retiro a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares la misma normativa, en su artículo 2⁴, acogiendo los objetivos y criterios previstos en la Ley 923 de 2004, erigió una protección a los derechos adquiridos del personal militar que a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 hubiera cumplido

⁴ “Artículo 2°. *Garantía de los derechos adquiridos.* Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y Soldados de las Fuerzas Militares, o sus beneficiarios, 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 o a una pensión de invalidez, o a su sustitución, o a una pensión de sobrevivencia, conservarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos, conforme a normas anteriores.”.



Expediente: 190012331000200800354 01

Referencia: 0893-2012

**Actor: DEISEN IVÁN CASTILLO
AUTORIDADES NACIONALES**

con la totalidad de los requisitos previstos en la disposición anterior, Decreto 1211 de 1990, para el reconocimiento de una asignación de retiro.

De esta forma, advierte la Sala el oficial o suboficial que a 31 de diciembre de 2004 contara con 15 años de servicios en las Fuerzas Militares tendría derecho al reconocimiento de una asignación de retiro en los precisos términos del artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, sin que para ello, resulta evidente, fuera necesario acreditar los 18 años establecidos a partir de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004.

Sobre este particular, y en lo que se refiere concretamente a la modificación introducida por el Gobierno Nacional al régimen de las asignaciones de retiro del personal de las Fuerzas Militares, esta Sección en sentencia de 30 de junio de 2011. Rad. 0752-2007. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, precisó que la misma no constituía un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria con que contaba el Gobierno Nacional al haber aumentado el tiempo de servicio requerido para el reconocimiento de la referida prestación pensional, en los siguientes términos:

“Frente al vicio formal alegado, se debe establecer entonces, si el Ejecutivo incurrió en exceso de la Potestad Reglamentaria, evidenciada en haber determinado en las normas acusadas un tiempo superior al dispuesto por la norma superior, es decir, la Ley Marco, para que el personal activo de la Fuerza Pública obtuviera el derecho a la asignación de retiro.

La comparación en este caso se debe efectuar entre la Ley Cuadro y los artículos 14 y 24 del Decreto Reglamentario; cotejo que realizará la Sala, solo en relación con el primer inciso de ambos artículos, es decir, en lo que respecta al tiempo de servicio necesario para recibir la asignación de retiro, pues los incisos restantes de estos artículos, hacen alusión a los porcentajes a los cuales asciende la asignación de retiro de acuerdo con los años de



Expediente: 190012331000200800354 01

Referencia: 0893-2012

Actor: DEISEN IVÁN CASTILLO
AUTORIDADES NACIONALES

prestación del servicio; situación que no es objeto de reproche por el demandante.

Pues bien, el inciso 2° del numeral 3.1. del artículo 3° de la Ley Marco dispone lo siguiente: "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 requisitos 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".

Lo anterior significa, que cuando el retiro del servicio se produce por **voluntad propia** del miembro de la Fuerza Pública que se encuentra en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la Ley Marco, no se le puede exigir como requisito para el reconocimiento de la asignación de retiro un tiempo de servicio superior al que establecen las disposiciones vigentes al momento en que se expidió dicha Ley. Y cuando el retiro se produce **por cualquier otra causal**, no se puede reclamar como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo inferior a 15 años.

Las disposiciones vigentes para el momento en que entró a regir la Ley Marco eran, como se advirtió, los Decretos - Leyes 1211, 1212 y 1213 de 1990, que eran coincidentes en establecer, que los miembros de la Fuerza Pública, tenían derecho a la asignación de retiro, después de 15 años de servicio, cuando fueran retirados por otras causales y luego de transcurridos 20 años de servicio cuando se retiraran por voluntad propia o por que fueran separados del servicio.(...)

De conformidad con las preceptivas transcritas, tanto el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares como de Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, que se encuentren en servicio activo para el momento en que entró en vigencia el Decreto Reglamentario, es decir, para el 31 de diciembre de 2004; que luego se retiren con 18 años o más de servicio por otras causales o que se retiren por solicitud propia o por separación del servicio en forma absoluta después de 20 años de servicio, tienen derecho al pago de la asignación de retiro a partir de la fecha en la que finalicen los tres meses de alta, en los porcentajes reseñados.

De lo preceptuado por la normativa referida, la Sala establece que son dos los eventos en los cuales los miembros de la Fuerza Pública pueden solicitar la asignación de retiro: el primero, en caso de que el retiro se produzca por **voluntad propia** y el segundo, cuando el retiro tenga lugar por **cualquier otra causal**. (...)



Expediente: 190012331000200800354 01

Referencia: 0893-2012

Actor: DEISEN IVÁN CASTILLO
AUTORIDADES NACIONALES

Ahora bien, en lo que atañe al retiro originado por **cualquier otra causal**, la Ley Cuadro estableció, que al miembro de la Fuerza Pública, **no se le puede exigir un tiempo “inferior a 15 años”**. Y, el Decreto Reglamentario en los artículos 14 y 24, en este evento, señaló que los miembros que sean **“retirados con 18 años de servicios”** tendrán derecho a la asignación en los montos allí señalados.

Con lo anterior, establece la Sala, que cuando se trata del retiro del miembro de la Fuerza Pública, **por otras causas** diversas a su voluntad, el término de 15 años de servicio que estableció la Ley Marco lo fue en un tope mínimo, lo que significa que bien puede el Decreto Reglamentario, sin incurrir en exceso de la potestad reglamentaria, establecer mayores tiempos. Lo que el Ejecutivo no puede hacer es determinar en la norma reglamentaria un lapso de tiempo inferior al de los 15 años.

En otras palabras, cuando en la Ley Marco se estipuló 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 1° 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.”.

Del caso concreto

Mediante la presente acción de nulidad y restablecimiento del derecho el señor Deisen Iván Castillo solicita el reconocimiento y pago de una asignación de retiro en su condición de Suboficial retirado del Ejército Nacional. Para tal efecto, sostuvo el demandante que al momento en que se dispuso su retiro del servicio por facultad discrecional contaba con más de 15 años de servicio lo que, incluso



Expediente: 190012331000200800354 01

Referencia: 0893-2012

**Actor: DEISEN IVÁN CASTILLO
AUTORIDADES NACIONALES**

en vigencia del Decreto 4433 de 2004, lo hacía beneficiario de una asignación de retiro, toda vez que se trataba de un derecho adquirido al tenor de lo dispuesto en el artículo 2 del referido Decreto 4433 de 2004.

Sobre este particular, advierte la Sala que el demandante mediante apoderada judicial solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares el reconocimiento y pago de una asignación de retiro, con ocasión de su retiro del servicio como suboficial del Ejército Nacional. El 23 de julio el Subdirector de Prestaciones Sociales de la referida Caja de Retiro en respuesta a la anterior petición, mediante oficio No. 23484, sostuvo que:

“De manera atenta y en atención a su escrito radicado en esta Entidad con el No. 43033 de fecha 19 de julio de 2008, con el cual solicita el reconocimiento de asignación de retiro a favor del señor Sargento Segundo del Ejército Deisen Iván Castillo, le indico que el trámite dado al expediente prestacional correspondiente al referido militar, remitido a esta Caja por la Dirección de Prestaciones Sociales de Ejército bajo el radicado No. 47074 del 11 de julio de 2007 fue el de devolución a esa Dirección, con oficio No. 32778 del 7 de septiembre de 2007 (del cual se adjunta fotocopia), teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 14, parágrafo 1 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, que fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública., norma que señala: “PARAGRAFO 1. Los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, que a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, tuvieren quince (15) o más años de servicio que sean retirados del servicio activo por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, así...”

Igualmente, en el oficio en comento se solicitó a la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, revise el fundamento jurídico para la remisión a esta Entidad del expediente prestacional, teniendo en cuenta que el tiempo de servicio prestado por el señor Segundo del Ejército Deisen Iván Castillo es inferior a 15 años, al momento de entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, mo tivo (sic) por el cual la Caja se



Expediente: 190012331000200800354 01

Referencia: 0893-2012

**Actor: DEISEN IVÁN CASTILLO
AUTORIDADES NACIONALES**

abstiene de efectuar pronunciamiento alguno respecto de la asignación de retiro, toda vez que con el expediente devuelto no se reúnen los presupuestos legales para dicho reconocimiento. (...).". (fl. 16).

En este mismo sentido, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante Oficio No. 23524 de la misma fecha agregó a lo ya expuesto, que: *"De manera atenta y en atención al expediente radicado en esta Entidad el 47074 del 11 de julio de 2007 y al escrito radicado en esta Entidad bajo el No. 43033 del 19 de julio de 2008, con el cual la Doctora Consuelo Varona Silva solicita el reconocimiento y pago de la asignación de retiro a su favor, le informo que tanto el expediente prestacional como la solicitud de reconocimiento suscrita por su apoderada, fueron devueltos a la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, con oficios suscritos por esta Subdirección, de los cuales se adjunta fotocopia.*

El expediente prestacional fue devuelto, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 14, parágrafo 1 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, que fijó el régimen pensional y de asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública., norma que señala: "Parágrafo 1°. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieran 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..."

Adicionalmente, en el oficio de devolución se solicitó a la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, se revise el fundamento jurídico para la remisión a esta Entidad de los expedientes prestacionales correspondientes al personal de militares retirados por Retiro Discrecional, cuyo tiempo de servicio es inferior a 15 años, al momento de entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, motivo por el cual la Caja se abstienen de efectuar pronunciamiento alguno respecto de la asignación de retiro, toda



Expediente: 190012331000200800354 01
Referencia: 0893-2012
Actor: DEISEN IVÁN CASTILLO
AUTORIDADES NACIONALES

vez que con el expediente devuelto no se reúnen los presupuestos legales para dicho reconocimiento, situación ésta que generó igualmente la remisión por competencia de la petición suscrita por su apoderada, doctora Consuelo Varona Silva.”. (fl. 13).

De acuerdo con lo anterior, la Sala entrará a verificar si el señor Deisen Iván Castillo tiene derecho al reconocimiento de una asignación de retiro en los términos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación, bajo las siguientes consideraciones.

Advierte la Sala, en primer lugar, que de acuerdo con la certificación, de 21 de septiembre de 2006, suscrita por el Jefe de Atención al Usuario, de la Dirección de Desarrollo Humano del Ejército Nacional el demandante prestó sus servicios al Ejército Nacional por espacio de 15 años, 4 meses y 18 días.

Para mayor ilustración se transcribe la referida certificación:

*“Que el (la) Señor (a) (ita) SS. CASTILLO DEISEN IVÁN identificado (a) con código militar 12919258, con C.C. 1219258, es del Ejército Nacional en retiro mediante RECDO No. 1213 de 20060905 con novedad fiscal 20060908n por retiro discrecional (artículo 104), con un tiempo de servicio prestado a las fuerzas militares de **15 años, 4 meses y 18 días hasta el 20060908**, para lo cual se presenta el siguiente detalle de grados y tiempos:*

<i>Descripción</i>	<i>Fecha Inicia</i>	<i>Fecha termina</i>	<i>Años</i>	<i>Meses</i>	<i>Días</i>
<i>Soldado Regular</i>	<i>19891019</i>	<i>19910430</i>	<i>1</i>	<i>6</i>	<i>11</i>
<i>Tiempo de Servicio Militar cumplido</i>	<i>19910430</i>				
<i>Soldado Voluntario</i>	<i>19921191</i>	<i>19940301</i>	<i>1</i>	<i>4</i>	<i>0</i>
<i>Alumno</i>	<i>19940301</i>	<i>19950301</i>	<i>1</i>	<i>0</i>	<i>0</i>



Expediente: 190012331000200800354 01
Referencia: 0893-2012
Actor: DEISEN IVÁN CASTILLO
AUTORIDADES NACIONALES

Cabo Segundo	19950301	19980301	3	0	0
Cabo Primero	19980301	20020301	4	0	0
Sargento Segundo	20020301	20060908	4	6	0
Retiro Discrecional	20060908.". (Fl. 2)				

Teniendo en cuenta la certificación antes transcrita, al momento de entrar en vigencia del Decreto 4433 de 2004, esto es, al 31 de diciembre de 2004, el señor Deisen Iván Castillo contaba con 13 años, 8 meses y 11 días razón por la cual, advierte la Sala en primer lugar, que en vigencia del Decreto 1211 de 1990 éste no logró acreditar los 15 años de servicios exigidos por el artículo 163 para efectos del reconocimiento de una asignación de retiro y, en segundo lugar, que tampoco cumplió con el supuesto de hecho previsto en el parágrafo 1 del artículo 14 del citado Decreto 4433 de 2004, el cual exigía de igual forma contar con 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la referida norma para efectos del reconocimiento prestacional en cuantía del 50% de las partidas computables.

Así mismo, debe precisarse que teniendo en cuenta que el demandante a la fecha de su retiro del servicio acumulaba un tiempo total de 15 años, 4 meses y 18 días, según se advierte en la certificación en cita, estima la Sala que, tal como lo sostuvo el Tribunal en la sentencia apelada, éste no reunía el requisito previsto por el inciso primero del artículo 14 ibídem, a saber, 18 años de servicio para el recogimiento de una asignación de retiro en cuantía del 62% de las partidas computables.

Sobre este particular, la Sala no pasa por alto que el demandante en el escrito contentivo del recurso de apelación insiste en afirmar que contaba con un derecho



Expediente: 190012331000200800354 01

Referencia: 0893-2012

**Actor: DEISEN IVÁN CASTILLO
AUTORIDADES NACIONALES**

adquirido que le permitía gozar de una asignación de retiro de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2⁵ del Decreto 4433 de 2004. Empero, para el caso concreto, debe decirse que si bien es cierto el referido 2 del Decreto 4433 de 2004 preceptúa que los miembros de la Fuerza Pública que a la entrada en vigencia de dicha norma *"hubieran cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a una asignación de retiro (...) conservaran todos los derechos"* tal circunstancia no se observaba en el caso del demandante toda vez que, como ya quedó visto en precedencia, a 31 de diciembre de 2004, fecha en que entró en vigencia el referido Decreto 4433 de 2004 éste no contaba con los 15 años de servicio exigidos por el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, para el reconocimiento de una asignación pensional, lo que a juicio de la Sala hoy imposibilita hablar de un derecho adquirido en cabeza del demandante.

Adicional a lo expuesto, y en consideración a que como quedó visto el demandante no reúne los requisitos exigidos por las normas vigentes para el reconocimiento de una asignación de retiro, estima la Sala conveniente señalar que, frente a estos casos el legislador precisó en el inciso 5 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004 que *"(...) 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."*

⁵ "Artículo 2°. Garantía de los derechos adquiridos. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y Soldados de las Fuerzas Militares, o sus beneficiarios, 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 o a una pensión de invalidez, o a su sustitución, o a una pensión de sobrevivencia, conservarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos, conforme a normas anteriores."



Expediente: 190012331000200800354 01

Referencia: 0893-2012

**Actor: DEISEN IVÁN CASTILLO
AUTORIDADES NACIONALES**

En este punto la Sala estima pertinente recordar que el Sistema de Pensiones constituye un conjunto estructural en lo que se refiere a los recursos económicos que garantizan el cumplimiento de las obligaciones prestacionales. En efecto, la relación que existe entre la fuente de los recursos administrativos, económicos y financieros y las referidas obligaciones prestacionales constituyen el eje vertebral del sistema en la medida en que posibilita el funcionamiento mismo del sistema⁶.

Ahora bien, en ese contexto, la regla general es que el afiliado al sistema de pensiones elija un régimen y efectúe las cotizaciones con el fin de obtener, previo cumplimiento de los requisitos legales, una prestación de naturaleza pensional. Empero, hay circunstancias especiales que exigen la movilidad de los recursos, entiéndase cotizaciones, esto es, mediante el traslado de fondos entre entidades administradoras o en un régimen.

Para tal efecto, el legislador ha previsto una serie de mecanismos que garantizan la movilidad financiera del sistema, entre ellos, los bonos pensionales. Al respecto, debe decirse que, los bonos pensionales tienen el carácter de títulos representativos del dinero que un afiliado al sistema ha acumulado para efectos del reconocimiento de una pensión el cual, con posterioridad, puede ser tomado por otra entidad o régimen con la misma finalidad.

Bajo este supuesto, bien puede el demandante en sede administrativa solicitar el reconocimiento del bono pensional, equivalente a la totalidad del tiempo de servicio prestado al Ejército Nacional, de conformidad con el procedimiento previsto en la Ley 100 de 1993, en virtud a la expresa remisión normativa dispuesta por el legislador para tal efecto y, en consecuencia, trasladar sus

⁶ Arenas Monsalve, Gerardo. El Derecho Colombiano de la Seguridad Social. 3ª ed. Editorial Legis, Bogotá D.C, PP439-440.



Expediente: 190012331000200800354 01

Referencia: 0893-2012

**Actor: DEISEN IVÁN CASTILLO
AUTORIDADES NACIONALES**

recursos a una entidad de las previstas en el sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones de la Ley 100 de 1993, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de una prestación pensional, siempre que haya acreditado la totalidad de los requisitos legales para tal efectos dispuestos.

De acuerdo a las consideraciones que anteceden, concluye la Sala que el señor Deisen Iván Castillo no logró acreditar el tiempo de servicio exigido por el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, así como tampoco el previsto en el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, para efectos del reconocimiento de una asignación de retiro razón por la cual, debe decirse que al no haber desvirtuado la presunción de legalidad de los actos acusados, deberá confirmarse la sentencia de 27 de octubre de 2011 mediante la cual el Tribunal Administrativo del Cauca negó las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 27 de octubre de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda interpuesta por DEISEN IVÁN CASTILLO contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.



172

Expediente: 190012331000200800354 01

Referencia: 0893-2012

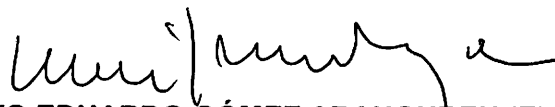
**Actor: DEISEN IVÁN CASTILLO
AUTORIDADES NACIONALES**

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.



GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ
Ausente en comisión



GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN (E)