



Radicado: 25000-23-42-000-2015-05054-01 (3533-2017)
Demandante: John Jairo Fontalvo Zambrano
Demandada: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A**

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

Bogotá D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 25000234200020150505401 (3533-2017)
Demandante: JOHN JAIRO FONTALVO ZAMBRANO
Demandada: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES¹

Tema: Reconocimiento asignación de retiro, régimen de transición contemplado en el artículo 3, numeral 3.1 de la Ley 923 de 2004.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

O-265-2019

ASUNTO

Decide la subsección el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 6 de abril de 2017 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, que denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

Fundamentos fácticos relevantes²:

1. El señor John Jairo Fontalvo Zambrano ingresó como alumno suboficial al Ejército Nacional el 1.º de marzo de 1996.
2. El 1.º de septiembre de 1997 fue ascendido a cabo segundo, asimismo, 1.º de septiembre de 2000 se escalafonó a cabo primero y, posteriormente, el 2 de septiembre de 2004 a sargento segundo.
3. Mediante Resolución EJC 1515 del 5 de septiembre de 2012 fue retirado del servicio por «separación absoluta».
4. El señor John Jairo Fontalvo Zambrano prestó sus servicios al Ejército Nacional por 16 años, 8 meses y 27 días, por lo que el 28 de abril de 2015

¹ En adelante CREMIL.

² Folios 109 a 110.



solicitó ante Caja de Retiro de las Fuerzas Militares el reconocimiento de la asignación de retiro.

5. La entidad demandada resolvió la solicitud de forma negativa a través de la Resolución 5093 del 22 de junio de 2015.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL³

En el marco de la parte oral del proceso, bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de establecer el objeto del proceso y de la prueba⁴. En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo.⁵

En el presente caso de folios 260 a 261 y cd obrante a folio 266, se indicó lo siguiente en la etapa de excepciones previas:

«[...] Se precisa que la entidad accionada contestó la demanda a través de memorial de 31 de agosto de 2016 (folios 217 a 221) y propuso las excepciones de inepta demanda, falta de legitimación en la causa por pasiva, no configuración de las (sic) falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y no configuración de causal de nulidad.

[...]

En cuanto a la excepción de inepta demanda la parte (sic) accionada manifiesta que la parte actora pretende que se declare la nulidad del acto administrativo que le negó el reconocimiento y pago de su asignación de retiro, pero no demandó la hoja de servicios militares con lo cual se establece la causal de retiro, que sirvió de fundamento para la negativa del reconocimiento pensional, quedando en consecuencia vigente el acto administrativo que establece como causal de retiro la separación absoluta.

Al respecto el Despacho considera que la Hoja de Servicios Militares es un acto de mero trámite, que no tenía que ser demandado, si bien es cierto que este es

³ Folios 259 a 265 y cd visible a folio 266.

⁴ (2015). Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.

⁵ (2012). Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. EJRLB.



Radicado: 25000-23-42-000-2015-05054-01 (3533-2017)
Demandante: John Jairo Fontalvo Zambrano
Demandada: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

el escrito por medio del cual se efectúan los reconocimientos de asignaciones de retiro, este es un documento probatorio cuyas consecuencias jurídicas deben evaluarse por la entidad competente para resolver sobre la asignación de retiro mediante acto definitivo cuyo control si (sic) correspondería a esta jurisdicción; o sea que será la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y el Ministerio de Defensa quienes tendrán que darle valor probatorio que merezca, pero ya mediante acto definitivo, expreso o tácito.

Sobre la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, señala que esta entidad no es competente para resolver sobre la modificación de la hoja de servicios militares del actor, y que si se presenta inconformidad respecto de la hoja de servicios militares debe demandarse dicho acto administrativo.

[...]

Para el caso que nos ocupa el demandante solicita el reconocimiento y pago de su asignación de retiro, a partir del 5 de septiembre de 2012, fecha en que se retiró del servicio (sic) en consecuencia, con anterioridad a esa fecha el demandante no ostentaba la calidad de retirado, por tanto, no era beneficiario de la asignación de retiro, así las cosas, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares tiene la legitimidad en la causa por pasiva, ya que lo perseguido por el actor es el reajuste⁶ de su asignación, desde su retiro del servicio.

Por lo anterior, se concluye que la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva carece de vocación de prosperidad pues, como se dejó anotado, esta es la entidad encargada de pagar las asignaciones de retiro de los militares y en caso de acceder a las súplicas de la demanda, es la entidad encargada de asumir el pago de la misma [...]. (Ortografía del texto original).

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de "tuerca y tornillo", porque es guía y ajuste de esta última.⁷

En la audiencia inicial a folio 262 y cd visible a folio 266 se fijó el litigio respecto de las pretensiones y del problema jurídico, así:

«[...] El apoderado de la parte demandante solicita el reconocimiento y pago de la asignación de retiro de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1211 de 1990, que rige a los oficiales y suboficiales del Ejército Nacional.

Dentro de las pretensiones de la demanda solicita se declare (sic) la nulidad de la Resolución N° 5093 del 22 de junio de 2015 mediante la cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó la asignación de retiro solicitada. Como consecuencia de lo anterior solicita el restablecimiento del derecho y se ordene el reconocimiento y pago de su asignación de retiro con los 3 meses de alta, a partir del 5 de septiembre de 2012, con todos los haberes y prestaciones sociales dejadas de devengar.

Por su parte la demanda (sic) afirma que el señor John Jairo Fontalvo Zambrano fue retirado de actividad militar por separación absoluta bajo la vigencia del Decreto 1211 de 1990 que no contempla esta causal para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, situación que impide a esta entidad reconocer la asignación de retiro a su favor.

⁶ (Sic) contrario a lo esbozado por e, a quo lo perseguido por el demandante es el reconocimiento de la asignación de retiro.

⁷ (2015). Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. EJRLB.



Radicado: 25000-23-42-000-2015-05054-01 (3533-2017)

Demandante: John Jairo Fontalvo Zambrano

Demandada: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

Así las cosas el problema jurídico, se contrae a determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento de su asignación de retiro [...]». (Ortografía del texto original).

Se notificó la decisión en estrados y no se interpusieron recursos.

SENTENCIA APELADA⁸

El *a quo* profirió sentencia escrita el 6 de abril de 2017 en la cual denegó las pretensiones, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Señaló que al armonizar lo previsto en el inciso primero del artículo 163 del Decreto Ley 1211 de 1990 con los artículos 2 y 14, párrafo primero del Decreto 4433 de 2004, se puede concluir que: i) en vigencia del artículo 163 del Decreto Ley 1211 de 1990 los oficiales y suboficiales retirados del servicio activo por «calificación de servicio», tenían derecho al pago de la asignación mensual de retiro en los términos fijados en la norma, siempre y cuando hubieren cumplido 15 años o más de servicio y; ii) para que este derecho fuera reconocido bajo la vigencia del Decreto 4433 de 2004, se hacía necesario que a 31 de diciembre de dicha anualidad, el oficial o suboficial hubiera cumplido la totalidad de los requisitos exigidos por el Decreto 1211 de 1990 para acceder a la respectiva asignación, esto es: a) que hubiese sido retirado por llamamiento a calificar servicios, b) que al momento del retiro tuviera 15 o más años de servicios, sin que el solo hecho de tener 15 años de servicios fuera suficiente para obtener el derecho a la referida prestación y iii) solo quien se ajustara a los dos anteriores requerimientos podía acceder a las garantías previstas en el artículo 2 del Decreto 4433 de 2004.

Analizó las pruebas aportadas al plenario y advirtió que el demandante laboró para el Ejército Nacional 16 años, 8 meses y 27 días, sin embargo, para el 31 de diciembre de 2004, tenía un tiempo de servicio de 9 años y 4 meses, contando incluso el tiempo de estudios, es decir, que no cumplía con los requisitos anteriormente reseñados.

Bajo dicho entendido, quedaba claro que el señor John Jairo Fontalvo Zambrano en vigencia del Decreto 1211 de 1990 no tenía 15 años de servicios (para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro) y tampoco cumplió con el supuesto de hecho señalado en el párrafo 1.º del artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, el cual exigía de igual forma, contar con 15 años de servicio a la entrada en vigencia de esta última normativa para tener derecho a la prestación deprecada.

Manifestó que la causal de separación absoluta por la cual fue retirado el libelista, no se encontraba contemplada en el Decreto 1211 de 1990, y que,

⁸ Folios 295 a 300.



Radicado: 25000-23-42-000-2015-05054-01 (3533-2017)

Demandante: John Jairo Fontalvo Zambrano

Demandada: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

aun en el caso de que se aplicara la Ley 923 de 2004, que sí contiene dicha causal, sería necesario que el señor Fontalvo Zambrano hubiera laborado 20 años o más, situación que tampoco acontece. Finalmente no condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN⁹

La parte demandante solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda. Las razones en que se fundamenta su recurso son las siguientes:

Arguyó que la Ley 923 de 2004 previó como uno de los elementos mínimos a aplicar que a los miembros de la Fuerza Pública que se encontraran en servicio activo a la entrada en vigencia de dicha normativa, no se les podía exigir un tiempo superior al previsto en las normas vigentes, y, en este caso es el Decreto 1211 de 1990 que requería un mínimo de 15 años de servicios para ser beneficiario de la asignación de retiro.

Asimismo, consideró que el Consejo de Estado mediante sentencia del 23 de octubre de 2014 declaró la nulidad del artículo 14 del Decreto 4433 de 2004 en el cual se reitera que la nueva normativa no podía desmejorar al personal que estaba en servicio activo y exigirle más años para tener derecho a la asignación de retiro, por lo que se les debe aplicar las normas vigentes al momento de la expedición de la Ley 923 de 2004. Agregó que al declararse la nulidad de dicha normativa no se puede tener en cuenta para definir el derecho deprecado como equívocamente lo hizo el *a quo*.

Manifestó que el Decreto 0991 del 15 de mayo de 2015 que fijó el régimen de asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares no es aplicable al *sub lite*, toda vez que para la fecha que fue expedido, el demandante ya había sido retirado del servicio. Agregó que, contrario a lo aludido en la sentencia de primera instancia, la Ley 923 y el Decreto 4433 de 2004 en ningún aparte señalan que para tener derecho a la prestación deprecada, al 31 de diciembre de 2004 debía tenerse 15 años de servicio.

En este sentido, señaló que la norma vigente antes de expedirse la Ley 923 de 2004, es el Decreto 1211 de 1990 el cual exigía como requisito para ser beneficiario de la asignación de retiro acreditar 15 años de servicio, por lo que tiene derecho al reconocimiento de dicha prestación, dado que laboró 16 años, 8 meses y 27 días.

Insistió en que al proceso se allegaron 10 sentencias proferidas por esta jurisdicción¹⁰ en las que se ordenó el reconocimiento de la asignación de retiro para personal retirado que laboró entre 15 a 17 años, las cuales no

⁹ Folios 309 a 349.

¹⁰ Con transcripción de varias de estas providencias.



fueron tenidas en cuenta por el fallador de primera instancia, especialmente la providencia del Consejo de Estado del 18 de febrero de 2010, respecto de un suboficial que fue retirado por separación absoluta con 16 años de servicio, al cual le fue concedida la asignación de retiro.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante¹¹: reiteró los argumentos expuestos en el recurso de alzada.

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa¹².

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto. De igual forma, según el artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Problema jurídico

En ese orden, el problema jurídico a resolver en esta instancia se resume en la siguiente pregunta:

1. ¿ El señor John Jairo Fontalvo Zambrano en su calidad de sargento segundo retirado del Ejército Nacional por la causal de separación absoluta, tiene derecho al reconocimiento y pago de la asignación de retiro en aplicación del régimen de transición contemplado en el artículo 3, numeral 3.1 de la Ley 923 de 2004?

Al respecto la subsección sostendrá la siguiente tesis: el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto el artículo 3, numeral 3.1 de la Ley 923 de 2004 y, por tanto, tiene derecho al reconocimiento de la asignación de retiro, como pasa a explicarse.

El régimen jurídico de la asignación de retiro en las Fuerzas Militares

La asignación de retiro es una prestación de naturaleza económica que surge de la relación laboral administrativa existente entre el Estado y los

¹¹ Folios 412 a 427.

¹² Según constancia secretarial visible a folio 445.



Radicado: 25000-23-42-000-2015-05054-01 (3533-2017)
Demandante: John Jairo Fontalvo Zambrano
Demandada: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

miembros de la Fuerza Pública (Fuerzas Militares y Policía Nacional), quienes al cese definitivo de la prestación de sus servicios se hacen acreedores, en tanto cumplan con los requisitos legalmente determinados, al reconocimiento y pago en forma mensual y vitalicia de una determinada suma de dinero que tiene como finalidad garantizar, al menos, la satisfacción de las necesidades básicas del trabajador retirado y las de su familia.

En esos términos, la asignación de retiro resulta ser la consagración de un sistema pensional especial para la Fuerza Pública y, por lo tanto, una de las formas en que se materializa el derecho a la seguridad social en este sector, lo que determina que constituya un derecho fundamental irrenunciable de conformidad con lo previsto en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.

Esta prestación fue reglamentada por el Decreto 1211 de 1990, «Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares», respecto a los requisitos para el reconocimiento de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales en su artículo 163, previó:

« ARTICULO 163. ASIGNACION 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 [...]».

Posteriormente, a través de la Ley Marco 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 el artículo 150, ordinal 19, literal e) de la Constitución Política. Respecto del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, indicó lo siguiente:

«Artículo 2°. 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.

[...]

2.8. 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.

[...]

Artículo 3°. Elementos mínimos. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

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

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

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

A partir de dicha normativa la sección¹³ en reiterada jurisprudencia ha colegido:

- « 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 servidores 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.

¹³ Al respecto ver entre otras, sentencias del 9 de marzo de 2017, radicación: 27001-23-33-000-2013-00068-01 (4295-13), del 19 de abril de 2018, radicación 05001-23-33-000-2013-01922-01 (1288-16) y del 7 de septiembre de 2008 Radicación número: 25000-23-42-000-2015-01064-01(4247-17)



Radicado: 25000-23-42-000-2015-05054-01 (3533-2017)
Demandante: John Jairo Fontalvo Zambrano
Demandada: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

Lo anterior, en concordancia al tiempo de servicios señalado 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, es que al momento de la entrada en vigencia el miembro de la Fuerza Pública se encuentre en servicio activo en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional, toda vez, que respecto a la exigencia del término señalado a los miembros activos, únicamente se limitó a respetar los mínimos y máximos previstos en el Decreto 1211 de 1990 para el reconocimiento de la asignación de retiro.

Ahora bien, mediante el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004¹⁴, se reglamentó la Ley 923 de 2004 y, en el artículo 14, previó las condiciones para acceder al derecho de asignación de retiro para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, así:

«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 [...]».

Se resalta, que esta Corporación mediante providencia del 23 de octubre de 2014¹⁵ anuló dicha normativa, al considerar que el Gobierno Nacional desbordó la potestad reglamentaria al aumentar la edad para acceder a la asignación de retiro de 15 a 18 años y vulnerar la cláusula de reserva legal.

Por tanto, tal como lo ha señalado esta sección¹⁶ al ser declarado nulo el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004 que reglamentó el tiempo de servicios para acceder a la asignación de retiro, se debe acudir para su reconocimiento a la Ley reglamentada, es decir, la Ley 923 de 2004.

Asimismo, debe afirmarse también, que ese 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

¹⁴ «Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública».

¹⁵ Consejo de Estado, radicado interno 1551-2007.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 9 de marzo de 2017. Radicación 27001-23-33-000-2013-00068-01 (4295-2013).



anterior¹⁷.

En línea con lo expuesto, se procederá a determinar si el demandante tiene derecho a la asignación de retiro deprecada:

- En el proceso se encuentra acreditado que el señor John Jairo Fontalvo Zambrano prestó sus servicios al Ejército Nacional así: i) como alumno suboficial desde el 1.º de marzo de 1996 hasta al 31 de agosto de 1997; ii) como suboficial entre el 1.º de septiembre de 1997 hasta el 5 de septiembre de 2012. En suma, el libelista estuvo vinculado un total de 16 años, 8 meses y 27 días. En dicha hoja de servicios se señaló que la causal de retiro fue la separación absoluta (folio 13 anverso y reverso).
- El señor Fontalvo Zambrano elevó petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares el 28 de abril de 2015, con el fin de que le fuera reconocida la asignación de retiro (folios 15 a 23).
- La anterior solicitud fue resuelta de forma negativa por la entidad a través de la Resolución 5093 del 22 de junio de 2015, conforme a los siguientes argumentos (folios 25 a 26):

«[...] 8. Que adicionalmente con la información contenida en la Hoja de Servicios arriba citada y en los demás documentos que reposan en el expediente prestacional, no se cumplen los requisitos establecidos en la normatividad vigente para efectos del reconocimiento de asignación de retiro, toda vez que el señor **Sargento Segundo (r) del Ejército JOHN JAIRO FONTALVO ZAMBRANO**, fue retirado de la actividad militar por **SEPARACIÓN ABSOLUTA**, causal que no se contempla para el reconocimiento de la Asignación de Retiro en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, el cual señala lo siguiente [...]

Que en caso de que existiera la viabilidad de aplicar el Decreto 4433 de 2004 y teniendo en cuenta la información contenida en la hoja de servicios arriba citada, es evidente que con el mismo no se cumplen los requisitos establecidos en dicha normatividad para efectos del reconocimiento de la Asignación de Retiro, toda vez que el señor [...] fue retirado de la actividad militar por **SEPARACIÓN ABSOLUTA** y el tiempo de servicio a la fecha de retiro es de **16 años 08 meses y 27 días**, no enmarcándose en lo señalado en el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, que a letra dice [...]» (Ortografía, negrillas y subrayado del texto original).

De acuerdo con las pruebas aportadas y en consonancia con la normativa analizada, la subsección observa que el demandante sí tiene derecho al reconocimiento de la asignación de retiro, con base en lo siguiente:

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 5 de octubre de 2017. Radicación número: 18001-23-33-000-2014-00085-01(3034-16).



Radicado: 25000-23-42-000-2015-05054-01 (3533-2017)

Demandante: John Jairo Fontalvo Zambrano

Demandada: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

1. Al momento de ingresar al servicio del Ejército Nacional como suboficial (1.º de marzo de 1996), se encontraba vigente el Decreto 1211 de 1990, el cual, en su artículo 163 señalaba un tiempo de servicio de 15 años para el reconocimiento de la asignación cuando el retiro se produjera por causa distinta a la voluntad propia.
2. Si bien el acto administrativo demandado se fundamentó en el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004 (normativa vigente al momento del retiro ocurrido el 9 de septiembre de 2012 y que reglamentó la Ley 923 de 2004) para negar el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante, lo cierto es, que con posterioridad este artículo fue declarado nulo por el Consejo de Estado mediante sentencia proferida el 23 de octubre de 2014.

En ese sentido, como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación¹⁸, en la sentencia de nulidad los efectos se retrotraen al momento en que nació el acto administrativo viciado de nulidad, sin que ello afecte las situaciones consolidadas o los derechos reconocidos bajo el amparo de la disposición anulada.

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

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

La consecuencia lógica de la declaratoria de nulidad del artículo 14 del Decreto 4433 es que se aplique para el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante la Ley reglamentada, es decir, la Ley 923 de 2004 tal como lo ha señalado en asuntos similares esta Corporación¹⁹.

3. En ese sentido, a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 (30 de diciembre de 2004) el demandante se encontraba en servicio activo en

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 18 de septiembre de 2014, radicación 520012331000200501421 01.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 16 de julio de 2013, radicación 25000-23-41-000-2013-00659-01 y sentencia del 9 de marzo de 2017. Radicación 27001-23-33-000-2013-00068-01 (4295-2013).



el Ejército Nacional y, por tanto, no se podía exigir un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones anteriores.

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

4. Conforme al régimen de transición para el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante le es aplicable el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990 que señala para el caso concreto 15 años de servicios para el reconocimiento de la mencionada prestación, cuando el retiro se produjera por causa distinta a la voluntad propia, requisito que cumple el demandante toda vez que según la hoja de servicios al momento de su retiro del servicio contaba con un tiempo de servicio de 16 años, 8 meses y 27 días y su desvinculación se generó con ocasión de la separación absoluta²⁰ (folio 13 anverso y reverso).
5. En consecuencia, el demandante al haber sido miembro activo del Ejército Nacional al momento de la entrada en vigencia de la Ley 923 del 2004 es beneficiario del régimen de transición del artículo 3 numeral 3.1. *ibídem* y, en esa medida, para el reconocimiento de la asignación de retiro no se le puede exigir un tiempo de servicio superior al señalado en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990 (15 años), el cual le es aplicable teniendo en cuenta la condición que ostentaba al momento de su retiro como sargento segundo de la institución.
6. Así las cosas, el demandante tiene derecho al reconocimiento de la asignación de retiro desde la terminación de los tres meses de alta del cargo que desempeñó en el Ejército Nacional y que fue retirado de forma absoluta a través de la Resolución Resolución EJC 1515 del 5 de septiembre de 2012 (folio 13), a partir de dicha fecha, por lo que los tres meses de alta terminarían el 5 de diciembre de 2012.
7. Para la liquidación de la asignación de retiro se tendrá en cuenta el monto conforme el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990 el cual

²⁰ La evolución de la figura de la separación absoluta en el régimen de la Policía Nacional estaría dada por lo señalado en el artículo 87 del Decreto 41 de 1994, posteriormente derogado por el Decreto 1791 de 2000 que en su artículo 66 preceptuó: «El personal que sea condenado por sentencia ejecutoriada a la pena principal de prisión o arresto, por la Justicia Penal Militar o por la Ordinaria, por delitos dolosos, será separado en forma absoluta de la Policía Nacional y no podrá volver a pertenecer a la misma». De esta forma, los conceptos de separación absoluta que prevé el artículo 144 del Decreto 1211 de 1990 y destitución (causal aplicada al demandante) son equiparables.



Radicado: 25000-23-42-000-2015-05054-01 (3533-2017)
Demandante: John Jairo Fontalvo Zambrano
Demandada: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

corresponderá al 50% de las partidas de que trata el artículo 158 *ibidem*, por los 15 primeros años de servicio y un cuatro por ciento 4% más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto.

8. No hay lugar a declarar la prescripción cuatrienal²¹, en la medida que el demandante presentó la solicitud de reconocimiento de la asignación de retiro el 28 de abril de 2015 (folios 15 a 23), es decir, dentro del término del artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, toda vez que no transcurrieron más de cuatro años desde la fecha a partir de la cual se reconocerá la asignación (6 de septiembre de 2012) y la presentación de la solicitud.

En conclusión: el demandante por ser miembro activo del Ejército Nacional al momento de la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 es beneficiario del régimen de transición del artículo 3 numeral 3.1.º de dicha normativa y, en esa medida para el reconocimiento de la asignación de retiro no se le puede exigir un tiempo de servicio superior al señalado en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990 (15 años por ser retirado en forma absoluta), toda vez que según la hoja de servicios al momento de su retiro del servicio contaba con un tiempo de servicio de 16 años, 8 meses y 27 días.

Decisión de segunda instancia

Por lo anterior, se revocará la sentencia de primera instancia, en su lugar, se anulará el acto administrativo acusado, toda vez que prosperan los argumentos del recurso de apelación y se accederá a las pretensiones de la demanda.

Restablecimiento del derecho

Se ordenará a título de restablecimiento del derecho reconocer al señor John Jairo Fontalvo Zambrano la asignación de retiro de conformidad con el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990 partir del 6 de septiembre de 2012-día siguiente a la fecha en que fue retirado del servicio; teniendo en cuenta los 3 meses de alta, sin que pueda operar el fenómeno de la prescripción dado que la petición se efectuó en el año 2015.

Las mesadas causadas, deberán actualizarse con fundamento en el inciso 4 del artículo 187 de la Ley 1437 del 2011 e indexarse conforme a la siguiente formula:

²¹ El artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 prevé «PRESCRIPCIÓN. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.»



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

En el que 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, vigente a la fecha de ejecución de la presente sentencia certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), por el índice inicial vigente para la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente.

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

De la condena en costas

Esta subsección²² sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de condena en costas por lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP²³,

²² Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, demandante: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, demandante: José Francisco Guerrero Bardi.



Radicado: 25000-23-42-000-2015-05054-01 (3533-2017)
Demandante: John Jairo Fontalvo Zambrano
Demandada: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

En ese hilo argumentativo, en el presente caso se condenará en costas a la entidad demandada en ambas instancias, en la medida que conforme el numeral 4 del artículo 365 del CGP, resulta vencida en el proceso y se revocará en forma total la sentencia de segunda instancia. Las costas serán liquidadas por el *a quo* de conformidad con el artículo 366 del CGP.

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

FALLA

Primero: Revocar la sentencia del 6 de abril de 2017 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, que denegó las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó el señor John Jairo Fontalvo Zambrano contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL.

Segundo: Declarar la nulidad de la Resolución 5093 del 22 de junio de 2015, proferida por el director general de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por la cual le fue negado al señor John Jairo Fontalvo Zambrano el derecho al reconocimiento y pago de una asignación de retiro.

Tercero: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL, reconocer y pagar a favor del señor John Jairo Fontalvo Zambrano, identificado con la cédula de ciudadanía 77.177.981, la asignación de retiro en la cuantía y con las partidas a que hace referencia el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, a partir del 6 de septiembre de 2012; teniendo en cuenta los 3 meses de alta, es decir, el valor de las mesadas causadas desde esa data y las que en futuro se sigan causando mes a mes.

En efecto, para la liquidación de la asignación de retiro se tendrá en cuenta que el monto conforme el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990 corresponderá al 50% de las partidas de que trata el artículo 158 *ibidem*, por los 15 primeros años de servicio y un cuatro por ciento 4% más por cada año

²³ «ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»



Radicado: 25000-23-42-000-2015-05054-01 (3533-2017)

Demandante: John Jairo Fontalvo Zambrano

Demandada: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

que exceda a los quince (15), pero que el total no sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto y sin que opere la prescripción cuatrienal, por lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

Cuarto: Los valores causados se deben actualizar de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 del 2011 y se aplicará la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia.

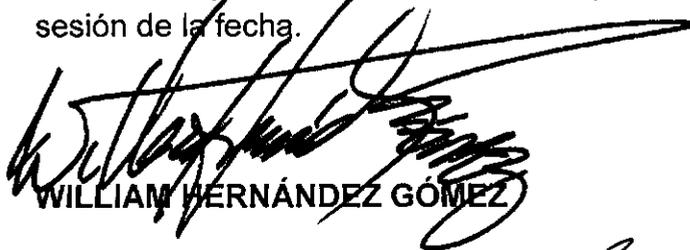
Quinto: La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares efectuará los reajustes de ley sobre el monto de lo reconocido y dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y siguientes de la Ley 1437 del 2011.

Sexto: Condenar en costas en ambas instancias a la entidad demandada y a favor de la parte demandante; las cuales se liquidarán por el *a quo*.

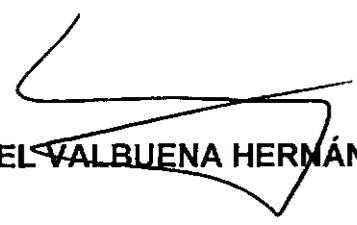
Séptimo: Ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones correspondientes en el programa «Justicia Siglo XXI».

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Subsección en la sesión de la fecha.


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ