



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

BOGOTÁ, D.C., TREINTA Y UNO (31) DE ENERO DE DOS MIL DIECINUEVE (2019)

Radicación: 76001 23 31 000 2011 00356 01 (2385–2016)
Accionante: URIEL TOVAR CASTILLO
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO SE. 003

En acatamiento al fallo de tutela dictado por la SECCIÓN CUARTA de esta Corporación el 23 de noviembre de 2018, la SALA DE LA SUBSECCIÓN A de la SECCIÓN SEGUNDA DEL CONSEJO DE ESTADO profiere sentencia de reemplazo en los siguientes términos:

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

La parte demandante por intermedio de apoderado judicial solicitó en el escrito de la demanda lo siguiente:

“PRIMERO. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución número 2632 fechado once (11) del mes de agosto del año dos mil diez (2010), emitida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de la Asignación de retiro al Sargento Viceprimero en Retiro del Ejército Nacional, señor Uriel Tovar Castillo.

SEGUNDO. Que cómo consecuencia obligada de la anterior declaración, se haga el reconocimiento y ordene el pago de las mesadas pensionales a favor del señor Uriel Tovar Castillo, producidas desde el mes de abril del año dos mil siete (2007), fecha de causación del derecho.

TERCERO. Que en la sentencia se liquide el valor correspondiente con el ajuste previsto en el artículo 177 del CCA.

CUARTO. Que se ordene cumplir la sentencia en el término indicado en el

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

artículo 176 del CCA con los efectos señalados en el artículo 177 de la misma obra.

QUINTO. Que se condene a la entidad demandada a pagar las costas causadas en el presente proceso.” (Texto de su original)

2. HECHOS

El demandante relató que nació el 13 de septiembre de 1970; que el 26 de marzo de 1990 ingresó al EJÉRCITO NACIONAL como alumno de la ESCUELA DE SUBOFICIALES; posteriormente desde el 1 de marzo de 1991 ejerció el cargo de Cabo Segundo; el 3 de abril de 2007 se produjo su retiro del servicio por separación absoluta, ejerciendo como último grado el de Sargento Viceprimero en la AGRUPACIÓN DE FUERZAS ESPECIALES ANTITERRORISTAS URBANAS N.º 9.

El 25 de junio de 2010, allegó petición ante la DIRECCIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES DEL EJÉRCITO NACIONAL, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la asignación de retiro. En respuesta, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES expidió la Resolución 2632 de 11 de agosto de 2010, mediante la cual se negó la solicitud antes descrita.

El 20 de septiembre de 2010, se convocó a las partes para el 25 de octubre del mismo año con el fin de realizar la audiencia de conciliación extrajudicial, la cual se declaró fallida.

3. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Fundamentó la demanda en que existió una transgresión de normas y principios de carácter constitucional y legal, pues se negó un derecho prestacional contenido en el Decreto Ley 1211 de 1990.

En ese sentido, para efectos de fundamentar sus pretensiones, realizó un recuento de la reglamentación especial para las pensiones de los miembros del EJÉRCITO NACIONAL y describió los principios que en su sentir fueron transgredidos por la administración, tales como la aplicación del régimen más favorable, pues considera que la normativa con base en la cual debía resolverse su situación, es la que se encontraba vigente en el momento en que se vinculó a la entidad

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

demandada, dado que, faltando meses para consolidar su derecho, se expidió un nuevo régimen que le hizo más gravosa la situación, pues le aumentaba en 3 años la edad para acceder a la asignación de retiro. En consecuencia, manifestó que le fueron desconocidos derechos adquiridos.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DEL EJÉRCITO NACIONAL¹**, a través de apoderado judicial se opuso a las pretensiones de la demanda, de acuerdo con los argumentos que se resumen a continuación:

En primer lugar, señaló que el demandante fue retirado de manera absoluta al cumplir un tiempo de 17 años 3 meses y 2 días de servicio. Así mismo, que para dicho momento se encontraba vigente el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, en el cual se estableció un tiempo mínimo de 20 años para acceder a la asignación de retiro.

Además de lo anterior, indicó que el régimen de transición correspondiente únicamente es aplicable para quienes, al momento de la entrada en vigencia del decreto antes mencionado, llevaran un tiempo mínimo de 15 años en el servicio, situación que no cumple el demandante.

Finalmente propuso como excepciones la caducidad de la acción, la falta de legitimación en la causa por pasiva y la no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

5. SENTENCIA APELADA²

En la sentencia proferida el 25 de febrero de 2016, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DE CAUCA, declaró no probadas las excepciones presentadas por la parte demandada y negó las pretensiones de la demanda con fundamento en los argumentos que se resumen a continuación:

¹ Folios 96 a 101 del expediente.

² Folios 133 a 143 del expediente.

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

De acuerdo con la hoja de servicios del señor URIEL TOVAR CASTILLO, se evidenció que el retiro absoluto del servicio se produjo al cumplir 17 años, 3 meses y 2 días en el Ejército Nacional.

Ahora, si bien es cierto que al caso concreto le es aplicable el Decreto 1211 de 1990, pues era el vigente para la fecha de su ingreso al servicio, también lo es que se configuró el retiro por separación absoluta, y por lo tanto debe tenerse en cuenta que en el artículo 163 de dicho régimen no se encuentra establecida dicha causal para efectos de tener el derecho a la prestación reclamada.

En ese sentido, el tribunal consideró que debía tenerse en cuenta el concepto emitido por la SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL DEL CONSEJO DE ESTADO³, en el que se indicó que "no es procedente el reconocimiento de asignación de retiro al personal militar retirado en vigencia del Decreto-Ley 4433 de 2004 por separación absoluta con un tiempo inferior a 20 años de servicio, por no cumplir los requisitos exigidos en el inciso primero del artículo 14 *ibidem*".

Como consecuencia de lo anterior, consideró el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA que el demandante no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990 para poder acceder a una asignación de retiro.

6. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN⁴

En escrito presentado dentro del término legalmente establecido, el apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación en contra del fallo anteriormente descrito.

Con el fin de sustentar el recurso de alzada, el apoderado realizó un análisis de las causales establecidas en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, subrayando que aunque la causal de separación absoluta no se encuentra allí contemplada, el artículo 178 siguiente sí estableció que "el oficial o suboficial de las

³ Concepto 1935 de 18 de marzo de 2010, Consejero Ponente Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Radicado 10001-03-06-000-2009-00001-00.

⁴ Folios 144 a 155 del expediente.

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

Fuerzas Militares que durante la vigencia del presente Decreto sea separado del servicio en forma absoluta, tendrá derecho a las prestaciones sociales a que haya lugar en razón de sus servicios dentro de las condiciones previstas en este estatuto ...”.

De igual manera indicó, que con la expedición del Decreto 0991 del 15 de mayo de 2015 se expresó claramente que quien sea separado del servicio de forma absoluta tendrá derecho al reconocimiento de la asignación de retiro, siempre y cuando cumpla con el requisito mínimo de 20 años de servicio, argumento con el que pretende demostrar que en casos como el de su defendido sí se tiene derecho a un reconocimiento prestacional como el suplicado.

7. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante autos calendados el 11 de noviembre de 2016 y el 14 de marzo de 2017⁵, el despacho sustanciador (i) admitió el recurso de apelación, y (ii) corrió traslado para que las partes alegaran de conclusión, respectivamente.

Tanto la parte demandante, URIEL TOVAR CASTILLO, como la parte demandada, la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, guardaron silencio en esta etapa procesal.

Por su parte, el PROCURADOR TERCERO DELEGADO ante el CONSEJO DE ESTADO, en representación del **Ministerio Público**⁶ allegó concepto, en el cual solicitó revocar el fallo de primera instancia y acceder a las pretensiones de la demanda; al efecto indicó que el Decreto 4433 de 2004 fue declarado nulo en sentencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO el 23 de octubre de 2014. Consecuencia de ello, era aplicable el régimen anterior, es decir el Decreto 1211 de 1990, razón por la cual trajo a colación el artículo 178 de dicho régimen, el cual consideró que se ajusta directamente al caso en concreto y teniendo en cuenta que si cumplió con un tiempo mayor a los 15 años de servicio tiene derecho al reconocimiento de una asignación de retiro.

⁵ Folios 162 y 164 respectivamente.

⁶ Folios 166 a 174 del expediente.

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

II. CONSIDERACIONES

La Sala reitera que la decisión que a continuación se dicta corresponde al cumplimiento del fallo de tutela de 23 de noviembre de 2018, proferido por la SECCIÓN CUARTA DEL CONSEJO DE ESTADO, en la que se ordenó “proferir una providencia de reemplazo, en la que se resuelva nuevamente el asunto, con fundamento en la normativa vigente y aplicable al caso, y que tenga en cuenta su propio precedente, fijado en la sentencia del 9 de marzo de 2017.”

1. DEL PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el caso *sub judice*, se contrae a determinar si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de una asignación de retiro por parte de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares.

Para resolver el problema jurídico señalado la Sala se referirá al marco normativo y jurisprudencial que determina el parámetro de análisis del caso; luego se verificará lo efectivamente probado y; por último, se analizará si la situación fáctica de URIEL TOVAR CASTILLO se encuentra dentro de los supuestos de acceso al derecho de reconocimiento de la asignación de retiro conforme a la norma vigente aplicable a su caso.

1.1. RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL Y DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO EN LAS FUERZAS MILITARES

El Decreto Ley 1211 del 8 de junio de 1990, proferido por el presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por la Ley 66 de 1989, “Por el cual se reforma el Estatuto de personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares” que regía para la época en que el actor ingresó al EJÉRCITO NACIONAL, reguló la asignación de retiro en los siguientes términos:

“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

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

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 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.

PARAGRAFO 1o. La asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales que durante la vigencia de este estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, ser equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el artículo 158, liquidadas en la forma prevista en este mismo Decreto.

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

Posteriormente, el Decreto 1790 del 14 de septiembre de 2000, proferido por el presidente con base en las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 578 de 2000, en su artículo 95, derogó el Decreto 1211 de 1990, "con excepción del Capítulo I del Título III; artículos 113, 114, 115, 116, 117 y 118; del Capítulo II del Título III; Título V; Título VIII; artículos 242, 243, 244, 245, 246, 249, 250, 251, 253, 254, 259, 261, 262 y 268; del Título IX y demás disposiciones que le sean contrarias."

Así, atendiendo a que el artículo 163 se encuentra comprendido dentro del Título V señalado, se advierte que mantuvo su vigencia, pese a lo dispuesto en el Decreto 1790 de 2000. En consecuencia, hasta tanto no se expidieran las nuevas regulaciones, continuaban rigiendo sus disposiciones en materia de asignación de retiro para oficiales y suboficiales de las FUERZAS MILITARES. Recuérdese que, con la expedición de la Ley 4ª de 1992, se dispuso que el GOBIERNO NACIONAL fijaría el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, con sujeción a los criterios y objetivos contenidos en esa norma.

Posteriormente, el GOBIERNO NACIONAL expidió el Decreto 2070 de 2003, de julio 25, que reformó el régimen pensional propio de las FUERZAS MILITARES, el cual fue declarado **inexequible** por la CORTE CONSTITUCIONAL en sentencia C-432 de 2004.

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

A través de la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004 se señalaron las normas, objetivos y criterios que debería observar el GOBIERNO NACIONAL para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política, algunos de los cuales son:

“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.

2.2. 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, 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.

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

TITULO II**MARCO PENSIONAL Y DE ASIGNACION DE RETIRO DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA**

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.

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.

3.2. El monto de la asignación de retiro será fijado teniendo en cuenta el tiempo de servicio del miembro de la Fuerza, el cual no podrá ser inferior al cincuenta por ciento (50%) por los primeros quince (15) años de servicio, ni superior al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

3.3. Las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

3.4. El aporte para la asignación de retiro a cargo de los miembros de la Fuerza Pública será fijado sobre las partidas computables para dicha asignación, el cual estará a cargo de los miembros de la Fuerza Pública en un porcentaje que no será inferior al cuatro punto cinco por ciento (4.5%), ni superior al cinco por ciento (5%).” Se resalta.

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

Ahora bien, en cuanto a la sentencia de **9 de marzo de 2017⁷** dictada por la SECCIÓN SEGUNDA de esta Corporación, y que la SECCIÓN CUARTA a través del fallo de tutela de 23 de noviembre de 2018 ordenó tener como precedente, se resalta:

“Régimen de asignación de retiro de las Fuerzas Militares

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, señaló:

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 sicoofísica, 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 lo establecido en el artículo 150, ordinal 19, literal e) de la Constitución Política.

La mencionada ley señaló para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, 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.

[...]

⁷ Expediente: 27001-23-33-000-2013-00068-01. (4295-2013) Demandante: Marino H. Miranda Melo. Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

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. (se subraya)

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. [...]»

A partir de lo anterior, se colige que la norma transcrita fijó 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.

Esta ley, fue reglamentada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 4433 de 2004, el cual, en el artículo 14, señaló:

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

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, así: [...]»

Se resalta que el artículo transcrito fue declarado nulo por la Sección Segunda de Consejo de Estado mediante sentencia proferida el 23 de octubre de 2014, Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado interno 1551-2007, por 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 Corporación⁸ **al ser declarado nulo el artículo que reglamentó el tiempo de servicios para acceder a la asignación de retiro, se debe acudir para el reconocimiento de la asignación de retiro a la Ley reglamentada, es decir, la Ley 923 de 2004.**” (negrilla fuera de texto original)

Ahora bien, la Sala realizará un análisis de las pruebas aportadas al expediente, con el fin de determinar el régimen aplicable al demandante y así dilucidar si es posible acceder a las pretensiones de la demanda.

En el expediente se encuentra acreditado lo siguiente:

- URIEL TOVAR CASTILLO nació el 13 de septiembre de 1970. (FI 3)
- De acuerdo con la certificación anexada a folio 5, se entiende que el demandante ingresó como alumno a la ESCUELA DE SUBOFICIALES el 26 de marzo de 1990; el 1 de marzo de 1991 tomó posesión como Cabo Segundo, cargo que ocupó hasta el 1 de marzo de 1994 cuando fue ascendido a Cabo Primero. Posteriormente, el 1 de marzo de 1998 fue ascendido nuevamente al cargo de Sargento Segundo hasta el 1 de marzo de 2003, fecha en la cual fue ascendido al cargo de Sargento Viceprimero. El 3 de abril de 2007, se produjo la separación absoluta del cargo, con un tiempo computado de 17 años, 3 meses y 2 días.
- A través de la Resolución 2632 de 11 de agosto de 2010, la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA negó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, fundamentándose en que la causal para el caso concreto no está consignada en la Ley 4433 de 2004. (FI10)

⁸ 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

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

Habiendo revisado los documentos aportados, y contrastándolos con las normas antes descritas, así como con el precedente jurisprudencial de 9 de marzo de 2017, la Sala concluye lo siguiente:

- La norma vigente para el momento en el que el demandante ingresó al servicio del EJÉRCITO NACIONAL era el Decreto 1211 de 1990, en dicha norma se estableció un tiempo mínimo de servicio de 15 años para el reconocimiento de la asignación de retiro.
- Revisados los documentos que se encuentran en el expediente, se constata que la finalización del servicio por separación absoluta se produjo el 3 de abril de 2007 (folios 5 a 8)
- El total de tiempo laborado, certificado por el JEFATURA DE DESARROLLO HUMANO – DIRECCIÓN DE PERSONAL es de 17 años, 0 meses y 7 días.

Ahora bien, por orden del juez de tutela se hace necesario reiterar lo ya decidido en la sentencia de 9 de marzo de 2017 por esta Subsección (Expediente: 27001-23-33-000-2013-00068-01 (4295-2013), en el sentido de que:

1. A la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 (30 de diciembre de 2004) el demandante se encontraba en servicio activo en el EJÉRCITO NACIONAL y por tanto no se le podía exigir un tiempo de servicio superior al establecido por las disposiciones anteriores.

En esa medida, para el reconocimiento de la asignación de retiro le es aplicable la transición señalada en el artículo 3º, ordinal, 3.1 inciso segundo de la Ley 923 de 2004, toda vez que el único condicionamiento que esta norma ordena consiste en 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.

2. 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, requisito que cumple toda vez que según la hoja de servicios al momento de su retiro del servicio contaba con un tiempo de servicio de 17 años, 0 meses y 7 días (folio 5).

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

3. Por tanto, en las condiciones previamente señaladas, URIEL TOVAR CASTILLO tiene derecho al reconocimiento de la asignación de retiro desde la terminación de los tres meses de alta a partir del 4 de julio de 2007 del cargo que desempeñó en el EJÉRCITO NACIONAL y que fue retirado de forma absoluta a través de la Resolución 0500 de 3 de abril de 2007.

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 de ib., 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, sin que opere la prescripción cuatrienal, en la medida que el demandante presentó la solicitud de reconocimiento de la asignación de retiro el 23 de junio de 2010 (folio 9), es decir, dentro del término del artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

Así mismo, las sumas que resulten a favor del demandante se actualizarán en la forma como se indica en esta providencia y se aplicará para ello la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de mesada pensional con inclusión de los reajustes de ley, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se pagará separadamente, mes por mes para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

En tal sentido, la SALA DE LA SUBSECCIÓN A de la SECCIÓN SEGUNDA DEL CONSEJO DE ESTADO, en cumplimiento a la sentencia de tutela de 23 de noviembre de 2018, dictada por la SECCIÓN CUARTA, dispone que prosperan las pretensiones de la demanda, y por lo tanto ordenará revocar la sentencia de primera instancia dictada por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA, y como consecuencia de ello se declarará la nulidad de la Resolución 2632 de 11 de agosto de 2010, dando como consecuencia el reconocimiento de una asignación de retiro a favor de URIEL TOVAR CASTILLO en los términos ya señalados. Frente a las excepciones presentadas, la Sala reitera lo ya decidido por el *aquo* en el sentido de negarlas, y más aún que contra dicha decisión no se presentó recurso alguno.

En cuanto a la solicitud de condenar en costas a la parte demandada, la Sala considera que no se cumplen los presupuestos para su prosperidad, pues si bien la entidad demandada guardó silencio en la segunda instancia también lo hizo el demandante; además de ello no se demostró que se hubiera producido una actuación contraria a derecho.

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,

IV. FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 25 de febrero de 2016, proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de la referencia. En su lugar se ordena:

DECLARAR no probadas las excepciones de caducidad de la acción, falta de legitimación en la causa por pasiva y la no configuración de falsa motivación propuestas por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución 2632 de 11 de agosto de 2010 proferida por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

Consecuencia de la anterior declaratoria, se le ordena a la entidad demandada **RECONOCER** a favor de URIEL TOVAR CASTILLO una asignación de retiro con observancia del Decreto 1211 de 1990 artículo 163, es decir corresponderá al 50% de las partidas de que trata el artículo 158 de ib., 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, sin que opere la prescripción cuatrienal, en la medida que el demandante presentó la solicitud de reconocimiento de la asignación de retiro el 23 de junio de 2010 (folio 9), es decir, dentro del término del artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

ORDENAR que las sumas liquidadas sean debidamente actualizadas con base en la fórmula que se indica en esta providencia.

Sin condena en costas.

Dar cumplimiento a la sentencia de acuerdo con los artículos 176 y subsiguientes del CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

SEGUNDO: En firme esta decisión, envíese al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS