

**RETIRO DEL SERVICIO – Personal civil del Ministerio de Defensa Nacional /  
RETIRO DEL SERVICIO – Edad de retiro forzoso / REGIMEN SALARIAL Y  
PRESTACIONAL DE LA RAMA JUDICIAL – No aplica justicia penal militar /  
EDAD DE RETIRO FORZOSO – Magistrado de Tribunal Superior Militar /  
DERECHO AL MINIMO VITAL – No vulnerado al percibir asignación de retiro /  
PENSION DE JUBILACION – No reconocida**

No le asiste razón al demandante al pretender que en calidad de magistrado de Tribunal Superior Militar se le aplique la normatividad que rige a la Rama Judicial, pues de una parte la justicia penal militar no hace parte de la justicia ordinaria, y de otra, las disposiciones aplicables a su situación son las establecidas para el personal civil del Ministerio de Defensa, Decreto 1792 de 14 de septiembre de 2000, de acuerdo con el cual es procedente su retiro por el hecho de cumplir 65 años de edad. Finalmente, respecto del argumento del actor según el cual no podía ser retirado sin que previamente le hubiera sido reconocida la pensión por su labor en la Justicia Penal Militar, la jurisprudencia ha sostenido que la aplicación de la edad de retiro forzoso como causal de retiro debe ser razonable, atendiendo a las circunstancias especiales de cada servidor, pues se trata de personas de la tercera edad y por ende son sujetos de especial protección constitucional, lo contrario podría implicar la vulneración de sus derechos fundamentales, entre ellos el mínimo vital, al privarlo del ingreso necesario para cubrir sus necesidades. En el mismo sentido, es de resaltar que como lo ha señalado la jurisprudencia, el cumplimiento de la edad de retiro se ve compensada por el derecho a gozar de una pensión de jubilación, así como de las garantías y prestaciones que el Estado se obliga a garantizar a las personas de la tercera edad. Bajo tal presupuesto el hecho de que un servidor sea retirado por haber llegado a la edad de retiro forzoso, sin que haya definido su solicitud de reconocimiento de pensión, y encontrándose demostrado que su salario es el único ingreso para su subsistencia, se vulnera en principio, su derecho al mínimo vital, pues en este evento es claro que se ve privado de los recursos necesarios para cubrir sus necesidades. En el asunto bajo estudio está demostrado que Salomón Gómez Dueñas devenga asignación de retiro reconocida mediante la Resolución 0967 de 1996, y en consecuencia la decisión de la administración de retirarlo no conlleva la vulneración de sus derechos, por el hecho de que no le haya sido reconocida la pensión de jubilación por su servicio como personal civil del Ministerio de Defensa.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO LEY 250 DE 1970 – ARTICULO 30 / DECRETO 1660 DE 1978 – ARTICULO 130 / DECRETO 1792 DE 2000 – ARTICULO 109 / DECRETO 1950 DE 1973 – ARTICULO 122 / DECRETO 2400 DE 1968 – ARTICULO 31

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCION A**

**Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON**

Bogotá, D. C., siete (7) de febrero de dos mil trece (2013)

**Radicación número: 25000-23-25-000-2007-01185-01(1232-09)**

**Actor: SALOMÓN GÓMEZ DUEÑAS**

**Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**

**Autoridades Nacionales**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del actor contra la sentencia de 30 de abril de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

**ANTECEDENTES**

**SALOMÓN GÓMEZ DUEÑAS**, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo y por conducto de apoderado, demandó del Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad del Decreto 1940 del 30 de mayo de 2007, expedido por el Presidente de la República, mediante el cual se retiró al actor de la planta de empleados públicos del Ministerio de Defensa Nacional.

Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho pretende que se ordene a la Nación – Ministerio de Defensa el reintegro al cargo de Magistrado del Tribunal Superior Militar que venía desempeñando al momento de su retiro, y el pago de salarios, primas, bonificaciones y prestaciones sociales que dejó de devengar desde el 12 de junio de 2007 hasta cuando sea reintegrado, sumas que deberán ser ajustadas en los términos del artículo 178 del C.C.A.

Como **hechos** en que sustenta sus pretensiones, relata los siguientes:

Salomón Gómez Dueñas se desempeñó como Magistrado del Tribunal Superior Militar. Estando próximo a cumplir la edad de retiro forzoso, solicitó al Ministro de Defensa le permitiera continuar en el servicio, con fundamento en lo dispuesto por el Decreto 546 de 1997 y en la Ley 797 de 2003.

Mediante oficio 000487/MDN-DEJUM-PH del 29 de marzo de 2007, la Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, negó la petición, y agregó que procedería a dar trámite a los proyectos de actos administrativos para retirarlo del servicio en los términos del artículo 31 del Decreto 2400 de 1968.

El acto acusado desconoció lo establecido en los artículos 30 de Decreto Ley 250 de 1970 y 130 del Decreto Reglamentario 1660 de 1978 aplicables a los servidores de la Rama Judicial, que establecen que el retiro se produce cuando haya sido reconocida la pensión que le corresponda, lo cual no ha sucedido en el caso del actor.

El fondo de pensiones al cual está afiliado el demandante le indicó el 23 de 2007 que no tenía derecho a la pensión y lo procedente es la devolución del saldo. En esas condiciones, el Gobierno Nacional debía reconocer una pensión de retiro por vejez en los términos del Decreto 1214 de 1990 o una pensión por aportes y luego sí proceder a retirarlo.

De otra parte, la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares reconoce y paga al demandante una asignación de retiro por sus servicios como militar desde hace varios años.

El actor tuvo que reintegrar sumas de dinero, por haber sido retirado del servicio el 12 de junio de 2007.

#### **Normas violadas y concepto de violación**

- Artículo 38 numeral 8 del Decreto 1792 de 200
- Artículo 30 del Decreto Ley 250 de 1970
- Artículo 150 del Decreto Reglamentario 1660 de 1978

Como concepto de violación de la normativa invocada, expuso que el acto demandado está afectado por la indebida aplicación de las normas en que debió fundarse, pues el Ministerio de Defensa decidió retirarlo sin que se le hubiera reconocido al actor la pensión de jubilación.

Señala el demandante que si el Gobierno hubiera tenido en cuenta su condición de Magistrado del Tribunal Superior Militar y le hubiera aplicado las normas invocadas, se le habría reconocido la pensión que le correspondía, y luego sí aplicar lo establecido en el Decreto 1792 de 2000 en forma oportuna y no precipitadamente.

Adicionalmente, los empleados de la rama judicial cuando llegan a la edad de retiro forzoso no pueden ser retirados hasta cuando les haya sido reconocida la pensión de jubilación.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El Ministerio de Defensa se opuso a las pretensiones de la demanda, por cuanto el acto administrativo acusado, se encuentra fundamentado en el artículo 38 numeral 8 del Decreto Ley 2400 de 1968, por medio del cual se establece la edad de retiro forzoso a los 65 años, ratificado por la Corte Constitucional en sentencia C-351 de 1995 y T-254 de 2002.

El actor no pertenece a la rama judicial del poder público y para sustentar su afirmación se remite directamente a las disposiciones constitucionales, las cuales la Justicia Penal Militar ejerce Jurisdicción Penal Militar.

### **LA SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las consideraciones que a continuación se resumen:

Luego de efectuar un estudio pormenorizado de las causales, normas y hechos que dieron lugar al presente proceso, concluyó que el actor no logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo.

La norma que rige la situación del demandante es el Decreto 1792 de 2000, que prevé como causal de retiro del servicio "*cumplir la edad de retiro forzoso*", es decir, 65 años, según lo establecido en el artículo 103 del Decreto Ley 1214 de 1990 que regula lo relativo a pensiones, salarios y prestaciones del personal civil del Ministerio Defensa y la Policía Nacional.

El señor Salomón Gómez Dueñas cumplió la edad de 65 años el 30 de abril de 2007, por lo que consideró que no había lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, con fundamento en las siguientes razones:

El artículo 30 del Decreto 250 de 1970 y el artículo 130 del Decreto 1660 de 1978, establecen que cuando se configura una causal de retiro forzoso, el retiro del servicio se producirá en cuanto haya sido reconocida la pensión que le corresponda, sin exceder el plazo de 6 meses, sin embargo, el Ministerio de Defensa no tuvo en cuenta su disposición, y procedió a retirarlo.

El Tribunal para tomar la decisión se fundamentó en que el actor disfrutaba de su asignación de retiro, la cual equiparó a la pensión ordinaria de jubilación, concluyendo que ya tenía resuelta su situación, apreciación que es errónea, pues el reconocimiento de la asignación de retiro se dio como consecuencia del servicio que prestó como militar, pero no se ha definido lo relacionado con su labor como civil al servicio del Ministerio de Defensa que terminó en el año 2007.

Insiste en que el Ministerio de Defensa debió aplicar las normas que regulan el servicio en la Rama Judicial, pues considera que resultan más favorables para su situación particular y él hacía parte de ella en condición de magistrado del Tribunal Superior Militar, lo contrario conlleva a discriminación frente a los demás magistrados de los otros tribunales.

Para resolver, se

### **CONSIDERA**

El problema jurídico se contrae a establecer si el Decreto 1940 de 30 de mayo de 2007 de la Presidencia de la República, por el cual retiró del cargo de Magistrado del Tribunal Superior Militar a Salomón Gómez Dueñas por haber llegado a la

edad de retiro forzoso, fue expedido con desconocimiento de lo dispuesto por los artículos 30 del Decreto Ley 250 de 1970 y 130 del Decreto 1660 de 1978.

Afirma la parte actora que la administración no podía disponer su retiro del servicio por haber cumplido la edad de 65 años, sin que previamente le hubiera sido reconocida una pensión de retiro por vejez o una pensión por aportes.

Para efectos de decidir, se tiene lo siguiente:

En el expediente se encuentra probado que Salomón Gómez Dueñas se desempeñó como empleado público del Ramo de Defensa Nacional, Comando General de las Fuerzas Militares desde el 19 de octubre de 2000 hasta el 30 de mayo de 2007. El último cargo que desempeñó fue Magistrado de Tribunal Superior Militar.

El Decreto 1792 de 14 de septiembre de 2000 vigente para el momento de vinculación del actor a la justicia penal militar, regula la administración de personal para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional (artículo 1°).

En el artículo 109 prevé:

**ARTICULO 109. EMPLEADOS DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR.**

*Los empleados civiles del Ministerio que desempeñen cargos en las diferentes instancias y despachos de la Justicia Penal Militar, que puedan ser desempeñados por civiles, **se regirán por lo dispuesto en el presente Decreto.***

*Los requisitos para el desempeño de cargos que, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política y el Código Penal Militar, puedan ser ocupados por personal civil serán los mismos exigidos cuando tales cargos sean desempeñados por miembros de la Fuerza Pública, en lo pertinente.*

**PARAGRAFO.** *Para los efectos del presente artículo se entiende por civiles, quienes no sean miembros de la Fuerza Pública o se encuentren en uso de buen retiro. (se resalta)*

En ese orden, dentro de las causales de retiro previstas por el artículo 38 de dicha normatividad se encuentra *cumplir la edad de retiro forzoso.*

La edad de retiro forzoso ha sido establecida de manera general por el Decreto 2400 de 1968, aplicable al personal civil que presta sus servicios en la Rama Ejecutiva, al prever en el artículo 31: *“todo servidor público o empleado que sea funcionario del Estado o que ejerza funciones públicas y que cumpla la edad de 65 años, será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado.”*<sup>1</sup>

Por su parte, el Decreto 1950 de 1973, en el artículo 122 dispuso: *“La edad de sesenta y cinco (65) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo para los empleos señalados en el inciso segundo del artículo 29<sup>2</sup> del Decreto Nacional 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año.”*

La Corte Constitucional ha sostenido en relación con la edad de retiro forzoso lo siguiente<sup>3</sup>:

*La Corte, en múltiples fallos, ha avalado el retiro forzoso a la edad de 65 años como causal de desvinculación del servicio público, por encontrarlo acorde con los fines consagrados en la Carta Fundamental, pues lo que se pretende con esta medida es que “el Estado redistribuya y renueve un recurso escaso, como son los empleos públicos, con la finalidad de que todos los ciudadanos tengan acceso a éste en condiciones de equidad e igualdad de oportunidades.”*<sup>4</sup>

*Así mismo, esta Corporación ha señalado que la fijación legal de la edad de retiro forzoso a los 65 años, no vulnera el mínimo vital, pues la aludida restricción “impuesta a los servidores públicos es compensada por el derecho que adquieren al disfrute de la respectiva pensión de jubilación (C.P., artículo 48) y a las garantías y prestaciones que se derivan de la especial protección y asistencia que el Estado está obligado a dispensar a las personas de la tercera edad (C.P., artículos 13 y 46), lo cual deja a salvo la integridad del indicado derecho fundamental.”*<sup>5</sup>

Es claro que el hecho de cumplir 65 años de edad se constituye para los servidores públicos de manera general, en causal de retiro del servicio.

---

<sup>1</sup> Declarado exequible Corte Constitucional, Sentencia C-351 del 9 de agosto de 1995, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

*La Persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando no sobre pase la edad de sesenta y cinco (65) años*

<sup>3</sup> Sentencia T-548 de 1 de julio de 10

<sup>4</sup> Sentencia C-563 del 6 de noviembre de 1997

<sup>5</sup> *Ibíd*em

En el asunto bajo estudio se encuentra acreditado lo siguiente:

Salomón Gómez Dueñas nació el 3 de abril de 1942 (fl. 54).

Por Resolución 0967 de 1996 le fue reconocida asignación de retiro en calidad de Mayor ® del Ejército Nacional, a partir del 17 de junio de 1996 en cuantía del 66% del sueldo en actividad (fl.70 y 71).

Fue nombrado Magistrado del Tribunal Superior Militar por Resolución 0235 de 10 de abril de 2003, cargo del cual tomó posesión el 22 de abril del mismo año.

Mediante Decreto 1940 de 2007 el Ministro de Defensa Nacional dispuso el retiro del servicio del actor por cumplir la edad de retiro forzoso, decisión que fue comunicada a Salomón Gómez Dueñas el 12 de junio de 2007.

Se desempeñó como funcionario de la justicia penal militar un total de 6 años, 6 meses y 3 días (fl. 53).

Del material probatorio aportado se concluye que Salomón Gómez Dueñas cumplió 65 años el 3 de abril de 2007, condición que de conformidad con la normatividad antes mencionada se constituye en causal de retiro del servicio.

En relación con el argumento según el cual la administración debió aplicar el Decreto Ley 250 de 1970 y el Decreto Reglamentario 1660 de 1978, es del caso precisar que dichas normas son aplicables a los servidores de la Rama Judicial y del Ministerio Público<sup>6</sup>, al igual que el Decreto Ley 250 de 1970<sup>7</sup>.

La Constitución Política prevé en el Título VII (artículos 228 y siguientes) que la Rama Judicial está conformada por las Jurisdicciones Ordinaria, de lo Contencioso Administrativa, Constitucional y jurisdicciones especiales (Indígena y de Paz).

---

<sup>6</sup> El artículo 1° del Decreto 1660 de 1978: *El presente estatuto se aplica a los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal, sin perjuicio de lo que dispongan las normas especiales sobre carrera del mismo personal.*

<sup>7</sup> Estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público

Como se puede observar la Justicia Penal Militar no fue incluida dentro de la Rama Judicial del Poder Público.

El artículo 221 ibídem establece que los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y por razón del mismo, serán competencia de las cortes marciales o los tribunales militares, que estarán integrados por miembros de la fuerza pública en servicio activo o retirados.

En este punto es importante señalar que la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad previo del proyecto de ley que antecedió a la expedición de la Ley 270 de 1996, se pronunció respecto de la exequibilidad del artículo 11 de dicho proyecto, que contemplaba dentro de los órganos que conforman la Rama Judicial del Poder Público, la justicia penal militar. En aquella oportunidad estimó que la justicia penal militar no hace parte de la Rama Judicial, con fundamento en lo siguiente:

*El literal f) establece que la jurisdicción penal militar hace parte de la rama judicial. Al respecto, baste manifestar que este es uno de los casos en que a pesar de que se administra justicia (Arts. 116 y 221 C.P.), los jueces penales militares no integran esta rama del poder público, pues -conviene repetirlo- no se encuentran incluidos dentro de los órganos previstos en el Título VIII superior. Por lo demás, no sobra advertir que en providencia de esta Corporación ya se han definido los alcances del artículo 221 superior -que se encuentra dentro del Capítulo sobre la fuerza pública- al establecer que la justicia penal militar únicamente juzga a "los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y sólo por delitos cometidos en relación con el mismo servicio"<sup>14</sup>. En esa misma providencia se concluyó: "Es verdad que la Justicia Penal Militar, según lo dice el artículo 116 de la Constitución, administra justicia. Pero lo hace de manera restringida, no sólo por los sujetos llamada a juzgar, sino por los asuntos de los cuales conoce". Por lo demás, estima esta Corporación que el hecho de que la ley le haya atribuido a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia el conocimiento en casación de las sentencias proferidas por la justicia penal militar, no significa por ese sólo hecho que ella haga parte de la rama judicial, pues se trata de una relación funcional que en nada compromete la estructura orgánica de esta rama del poder público.*

*Al ser indiscutible, entonces, que los jueces penales militares no tienen por qué hacer parte de la rama judicial, esta Corporación deberá declarar la inexequibilidad del literal f) del artículo 11 bajo revisión.<sup>8</sup>*

---

<sup>8</sup> Sentencia C-037 de 1996

En esas condiciones, no le asiste razón al demandante al pretender que en calidad de magistrado de Tribunal Superior Militar se le aplique la normatividad que rige a la Rama Judicial, pues de una parte la justicia penal militar no hace parte de la justicia ordinaria, y de otra, las disposiciones aplicables a su situación son las establecidas para el personal civil del Ministerio de Defensa, Decreto 1792 de 14 de septiembre de 2000, de acuerdo con el cual es procedente su retiro por el hecho de cumplir 65 años de edad.

Finalmente, respecto del argumento del actor según el cual no podía ser retirado sin que previamente le hubiera sido reconocida la pensión por su labor en la Justicia Penal Militar, la jurisprudencia<sup>9</sup> ha sostenido que la aplicación de la edad de retiro forzoso como causal de retiro debe ser razonable, atendiendo a las circunstancias especiales de cada servidor, pues se trata de personas de la tercera edad y por ende son sujetos de especial protección constitucional, lo contrario podría implicar la vulneración de sus derechos fundamentales, entre ellos el mínimo vital, al privarlo del ingreso necesario para cubrir sus necesidades.

En el mismo sentido, es de resaltar que como lo ha señalado la jurisprudencia, el cumplimiento de la edad de retiro se ve compensada por el derecho a gozar de una pensión de jubilación, así como de las garantías y prestaciones que el Estado se obliga a garantizar a las personas de la tercera edad<sup>10</sup>.

Bajo tal presupuesto el hecho de que un servidor sea retirado por haber llegado a la edad de retiro forzoso, sin que haya definido su solicitud de reconocimiento de pensión, y encontrándose demostrado que su salario es el único ingreso para su subsistencia, se vulnera en principio, su derecho al mínimo vital, pues en este evento es claro que se ve privado de los recursos necesarios para cubrir sus necesidades.

En el asunto bajo estudio está demostrado que Salomón Gómez Dueñas devenga asignación de retiro reconocida mediante la Resolución 0967 de 1996, y en consecuencia la decisión de la administración de retirarlo no conlleva la vulneración de sus derechos, por el hecho de que no le haya sido reconocida la pensión de jubilación por su servicio como personal civil del Ministerio de Defensa.

---

<sup>9</sup> Ver entre otras la Sentencia T-012 de 2009

<sup>10</sup> Sentencia C-563 de 1997

Por lo anterior se confirmará la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca por la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

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 y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**CONFÍRMASE** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 30 de abril de 2009, por la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**Cópiese, notifíquese** y ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN      ALFONSO VARGAS RINCÓN**

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**