



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, veinticuatro (24) de febrero del año dos mil veintiuno (2021)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho.
Radicación: 15759-33-33-002-2019-00110-00.
Demandante: James Arenas
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho¹ decidir de fondo la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, mediante sentencia en primera instancia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, el señor James Arenas por intermedio de apoderado, solicita que se declare la nulidad de la Resolución N° 20606 del 21 de noviembre de 2018, proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

Como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la demandada a pagar indexado al actor la asignación de retiro a partir del 01 de marzo de 2009 y se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA (*fls. 1 Arch.01*).

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos (*fls. 2-3*) que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente forma:

El señor SV ® JAMES ARENAS ingresó al Ejército Nacional como alumno el día 01 de marzo de 1994, a la Escuela de Suboficiales Inocencio Chincá y mediante Resolución No. 00490 del 24 de marzo de 2017 fue separado en forma absoluta de las fuerzas militares de acuerdo a Oficio No. 20183131082741 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.9 de fecha 08 de junio de 2018 expedido por el Oficial Sección Jurídica DIPER.

Mediante Resolución No. 20606 del 21 de noviembre de 2018, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL, le niega el reconocimiento y pago de la asignación de retiro indicando que no cuenta con 20 años o más de servicio.

Considera que tiene derecho al reconocimiento de su asignación de retiro en aplicación a lo previsto en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, norma vigente para la época del ingreso y retiro del servicio por la causal separación absoluta de las Fuerzas Militares.

¹ Una vez establecida la inexistencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado y la estructuración de los presupuestos procesales para ello (Son aquellos requisitos que deben estar presentes en todo proceso, para que al Juez le resulte posible proferir una sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, sobre las pretensiones y excepciones propuestas. Ellos son: a) demanda en forma; b) competencia; c) capacidad para ser parte; e) capacidad procesal y f) legitimación en la causa).

Explica el actor que el acto administrativo demandado lesiona los Arts. 1º, 2º, 4º, 13, 25, 53, 217 y 220 de la Constitución Política, así como el Art. 163 del Decreto 1211 de 1990, dado que se descontó de la hoja de servicios todo el tiempo que estuvo privado de la libertad, pese a que en ese interregno estuvo en servicio activo, devengó salario y se le descontaron los aportes con destino a CREMIL, completando un total de 19 años, 6 meses y 13 días de servicio, cuestión que desconoce la entidad demandada.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

De orden constitucional: Preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 53, 217 y 220 de la Constitución Política.

De orden Legal: Artículos 111, 114, 178 Decreto 1790 de 2000, Art. 163 Decreto 1211 de 1990.

Argumenta que con la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, se han venido cercenando los derechos a acceder a la asignación de retiro Oficiales, Suboficiales y Soldados de la República que han servido a la patria por más de 15 años y luego son retirados sin que les sea reconocida su asignación de retiro a que tienen derecho, de conformidad con lo previsto en el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, mediante el cual se aumentó el tiempo de servicio de Oficiales y Suboficiales del Ejército en tres (3) años, cuando el retiro se produce por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, y los que sean retirados o separados en forma absoluta deben completar 20 años para tener derecho a la asignación de retiro.

Pone de presente que el Consejo de Estado mediante Sentencia proferida el 23 de Octubre de 2014, CP BERTHA LUCIA RAMÍREZ PAEZ, resolvió decretar la nulidad de los artículos 14, 15 y 30 del Decreto 4433 de 2004.

Refiere que su representado cumplió un tiempo de 16 años, 7 meses y 29 días, en servicio activo, por tanto, de conformidad con lo previsto en el decreto 1211 de 1990, norma que le debe ser aplicada, tiene derecho a que le sea reconocida la asignación de retiro en el porcentaje que corresponda 50% por los primeros 15 años y 4% por cada año que exceda de este término, toda vez que fue retirado por voluntad del gobierno.

Destaca que en cumplimiento a la decisión citada, proferida por el Consejo de Estado, el Ministerio de Defensa Nacional, mediante Decreto No. 0991 del 15 de Mayo de 2015, resuelve reconocer el derecho que tienen los oficiales y suboficiales escalafonados con anterioridad al 31 de Diciembre de 2004 y que sean retirados después de 15 años de servicio por voluntad del Gobierno, como ocurre en el caso del demandante, motivo por el cual le asiste derecho a que le sea reconocida su asignación de retiro.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares contestó a la demanda dentro de la oportunidad legal (*fls.01-10 Arch.03*) se opone a las pretensiones de la demanda, pues considera que conforme a la hoja de servicios No. 3-79847788 de fecha 23 de mayo de 2018, el demandante estuvo vinculado al Ejército Nacional por 16 años, 07 meses y 29 días y que fue retirado del servicio por separación absoluta a partir del 24 de Marzo de 2017 bajo la vigencia del Decreto 991 del 2015, por lo cual a través del acto administrativo cuestionado se negó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, el cual no se encuentra afectado por el vicio de falsa motivación, ni quebranta el derecho a la igualdad.

Expone que el Decreto 4433 de 2004 fue derogado, por lo que aplica el Decreto 991 de 2015 que fijó el régimen pensional de los miembros de la fuerza pública y deroga las normas que le fueran contrarias, así el Art. 1º *ídem* establece que para consolidar el derecho pensional se requiere haber servido durante 20 años dada la causal de retiro, que consistió en la separación absoluta.

Indica que es así, que para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro los presupuestos para la consolidación del derecho, es el tiempo de servicio y la causal de retiro, valga decir solicitud propia, discrecional, llamamiento a calificar servicios o incapacidad, por lo que la entidad demandada solo debe atenerse al tiempo de servicios contemplado en la hoja de servicios y cualquier tipo de inconformidad frente al mismo, debe ser tramitado ante la oficina de prestaciones sociales de la respectiva fuerza, por lo cual la accionada carece de competencias al respecto.

Propone las excepciones denominadas “no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y no configuración de causal de nulidad”.

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda de la referencia fue radicada el 03 de julio de 2019 y mediante auto del 15 de julio de 2019 se admitió el medio de control (fls.3-4 Arch.02).

Mediante proveído del 27 de enero de 2020 (fl.19 Arch.04) se fijó fecha para audiencia inicial la cual se celebró el 11 de marzo de 2020 (fls.21-25 Arch.04) diligencia dentro de la cual se agotaron las etapas señaladas en el artículo 180 del CPACA, se decretaron pruebas y se posterga a la etapa del fallo la decisión sobre las excepciones de mérito.

El día 18 de septiembre de 2020 se llevó a cabo la audiencia de pruebas (Arch.13) en la que se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, además, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto.

Estando el proceso para proferir sentencia, por auto del 14 de enero de 2021, se emite auto con orden a Secretaría con el fin de obtener la prueba documental decretada de oficio en audiencia inicial realizada el 11 de marzo de 2020, sin obtener respuesta

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de la **entidad demandada** no presentó alegatos de conclusión y el **Ministerio Público** no rindió concepto.

El apoderado de la parte demandante presenta alegaciones finales en las que ratifica los hechos relevantes objeto del medio de control, señala que en la Ley 923 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 para los miembros de la Fuerza Pública, teniendo en cuenta exclusivamente 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.

Arguye que la misma norma señaló que a los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, no se le 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 cualquier otra causal.

Considera que el único condicionamiento que la Ley 923 de 2004 consagró para ser beneficiado de la transición señalada en su art. 3°, es que al momento de la entrada en vigencia la persona se encuentre en servicio activo en las FF.MM, 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.

Indica que con fundamento en las pruebas que obran en el expediente y lo señalado en los acápites anteriores, se concluye que su representado tiene derecho al reconocimiento de la asignación de retiro, como quiera que en el curso de la actuación administrativa de servicio activo, se encontraba vigente el Decreto 1211 de 1990, el cual, en su art. 163 señala 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.

Entonces, si bien CREMIL sustentó su negativa al otorgamiento de la asignación de retiro reclamada por el actor en lo previsto por el art. 1° del Decreto 991 de 2015, lo cierto es que dicha disposición modificó lo atinente al tiempo mínimo para obtener la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares escalafonados con anterioridad al 31 de diciembre de 2004 y no estableció un régimen de transición que respetara sus expectativas legítimas.

En ese orden de ideas y como quiera que a la entrada en vigencia la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, el demandante se encontraba en servicio activo y no podía exigírsele un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones anteriores para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, a la luz de lo previsto en dicha normativa.

Arguye que bajo este entendido y como quiera que la figura de separación absoluta es equiparable a la causal de retiro del servicio por mala conducta comprobada, lo cual resulta procedente en el caso bajo estudio, en la medida en que de acuerdo con la hoja de servicios, su separación de la actividad militar se produjo en cumplimiento de lo previsto por el Decreto 1790 de 2000, dicha circunstancia constituye un hecho indicador de que su dimisión se dio por mala conducta, por lo que será ésta la causal bajo la cual se verificará el cumplimiento del tiempo de servicios para acceder a la asignación de retiro como lo ha señalado en Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda- Subsección B CP: SANDRA IBARRA VELEZ, Bogotá, D.C 19 Julio de 2019 – Radicado 250002325 000 2017-00227-01 (5445-18)

Finalmente solicita que se declare la nulidad del acto administrativo demandado al incurrir en la causal de nulidad de violar las normas en que debieron fundarse al no aplicar de manera adecuada, la ley 923 de 2004, interpretar el Decreto 4433 de 2004 y no aplicar el artículo 1211 de 1990. Al restablecer el derecho se le ordene reconocer y pagar la asignación de retiro.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae a determinar si el señor JAMES ARENAS tiene derecho a que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, le reconozca y pague la asignación de retiro, teniendo en cuenta que laboró un lapso de 16 años, 07 meses y 29 días y que fue retirado del servicio por separación absoluta.

Surgen dos problemas jurídicos asociados, el primero tendiente a definir si el derecho pretendido, se regula por los parámetros del Decreto 1211 de 1990 y Decreto 4433 de 2004, que reglamenta Ley 923 del 30 de diciembre de 2004 o por el contrario se debe aplicar el Decreto 991 de 2015.

Adicionalmente, debe despejarse un segundo problema jurídico asociado, que consiste en verificar si el tiempo en el cual el demandante privado de la libertad es computable para efectos prestacionales y si sobre el mismo se efectuaron los respectivos aportes y descuentos a pensión.

9. MARCO NORMATIVO

Evolución normativa del régimen especial de retiro de la fuerza pública

En el marco jurídico al que se acude para resolver el primer problema jurídico, el legislador el legislador consagró el régimen aplicable a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, a través del Decreto 1211 de 1990, por el cual se reforma su estatuto de personal. Posteriormente, se expidió la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, *“Mediante la cual se señalan 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, numeral 19, literal e) de la Constitución Política”*, la cual señaló en sus artículos 1 y 2:

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

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

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

(...)

2.7. 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”.

De otra parte el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990 consagró:

“ARTICULO 163. ASIGNACIÓN DE RETIRO. Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, 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.

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.”

Por su parte, el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”, al regular el tema de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, consagró:

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

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

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

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

Parágrafo 1°. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieran quince (15) o más años de servicio que sean retirados del servicio activo por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

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

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

Parágrafo 2°. Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de

1968, con treinta (30) años o más de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación.”

Decreto 4433 de 2004 - Reiteración de jurisprudencia Consejo de Estado sobre el exceso en la facultad reglamentaria por parte del ejecutivo

Es importante resaltar, que de la simple comparación de las normas ya estudiadas, se llega a la clara conclusión que el Decreto 4433 de 2004 no atendió en su integridad los parámetros fijados por el legislador en la Ley 923 de 2004, bueno, a esta conclusión ha llegado el honorable Consejo de Estado en múltiples fallos en donde ha estudiado el decreto en mención en su constitucionalidad y legalidad, declarando nulos muchos de ellos, en especial por violar los derechos de los miembros activos a la fecha de vigencia de la ley 923 de 2004, los que debían ser respetados por el ejecutivo².

De forma concreta, el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, fue declarado nulo en su integridad por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, por violar los derechos adquiridos de los miembros de la fuerza pública, activos a la fecha de entrada de vigencia de la Ley 923 de 2004, y exceder la facultad reglamentaria al sobrepasar los límites fijados en la mencionada ley marco, providencia en la que se consideró entre otros, lo siguiente:

(...)

² Consejo de Estado, Sección Segunda, CP Alfonso Vargas Rincón. Sentencia del 12 de abril de 2012 Expediente No. 0290-06 (1074-07). Radicación: 11001032500020060001600. En ella se anula el parágrafo 2 del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 por violar los derechos del personal activo de la Policía Nacional, garantizados por la Ley 923 de 2004.

Consejo de Estado. Sección segunda. CP Bertha Lucía Ramírez de Paez. Sentencia del 28 de febrero de 2013. Radicación:11001032500020070006100. N° Interno 1238-2007. En esta se anula los artículos 24, 25 parágrafo 2° y 30 del Decreto 4433 de 2004, por violar los derechos del personal activo de la Fuerza Pública, garantizados por la Ley 923 de 2004.

Consejo de Estado, Sección Segunda. Subsección B. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren (E). Sentencia del 21 de mayo de 2014. Radicación N°: 11001032500020120049700 (19792012). En esta providencia, se anula el parágrafo 1 del artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, por violar los derechos del personal activo de agentes, oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, al aumentar los tiempos de servicios exigidos para ellos en las normas anteriores.

“Como puede observarse, en la norma acaba de transcribir se hace la distinción entre miembros de servicio de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 923 de 30 de diciembre de 2004, y quienes para entonces no se encontraran en servicio activo.

Respecto de quienes se encontraban en servicio activo a la iniciación de la vigencia de la ley acabada de mencionar dispuso el legislador que: ‘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 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’.

Es decir, el ámbito de competencia del Presidente de la República en cuanto al contenido de los Decretos que expida para desarrollar esta Ley Marco quedó así expresamente delimitado por el legislador. Ello significa, entonces, que si no obra el Ejecutivo dentro de tales linderos competenciales, el decreto que se dicte fuera de ellos será violatorio no sólo de la Ley Marco, sino también del artículo 150 numeral 19 literal e) de la Constitución Política”.

En virtud de lo dicho si el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, establece que el personal de la Policía en servicio activo que a la fecha de entrada en vigor de ese Decreto sea retirado “después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad sicofísica o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con mas de veinte (20) años de servicio” tendrán derecho al pago de la asignación mensual de retiro como allí se determina, es evidente que se está exigiendo para poder ser asignatario de la misma el cumplimiento como mínimo de dieciocho (18) años de servicio en unos casos y veinte (20) años de servicio en otros, lo cual resulta superior a lo establecido para el personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, por el artículo 115 del Decreto 1212 de 8 de junio de 1990, cuando sean llamados a calificar servicios, o por voluntad del Gobierno, o de la Dirección General de la Policía y, de la misma manera ocurre con respecto a la asignación de retiro a que tendrían derecho con 15 años de servicio en las hipótesis contempladas en el artículo 144 del mismo Decreto mencionado.

Igual sucede con el retiro por disposición de la Dirección General de la Policía Nacional en los casos señalados por el artículo 78 del Decreto 1213 de 1990, en armonía con el artículo 104 del mismo Decreto.

Surge como consecuencia del análisis en precedencia que las normas acusadas y que ahora son objeto de análisis quebrantaron entonces lo dispuesto en la Ley 923 de 2004, dentro de cuyo marco deberían haber sido expedidas, lo cual acarrea como consecuencia que también se quebrantó el artículo 150 numeral 19 literal e) de la Constitución Política y, por consiguiente se encuentran viciadas de nulidad.

La interpretación correcta de esta disposición permite colegir que los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares que se encontraban activos a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 (30 de diciembre de 2014), poseen el derecho a que su asignación de retiro sea determinada de conformidad con las normas vigentes antes del Decreto 4433 de 2004, no solo por la nulidad del artículo 14 de este decreto, sino porque este es un derecho garantizado por la Ley Marco en mención, luego entonces, siempre se les ha aplicado el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990.

Lo anterior cierra su discusión en cuanto a su reconocimiento, con lo señalado por el consejo de del Consejo de Estado, al resolver asuntos similares donde el retiro se dio por separación absoluta, en virtud de una sentencia penal:

“(sic).. En esa medida, para el reconocimiento de la asignación de retiro le es aplicable la transición señalada en el artículo 3.º, ordinal, 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.

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 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, 5 días (...).

Por tanto, tal como lo señaló el a quo 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 0950 del 17 de junio de 2010³

Así las cosas, fuerza concluir que los Oficiales y Suboficiales de las fuerzas militares que se encontraban activos a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 (30 de diciembre de 2014), poseen el derecho a que su asignación de retiro sea determinada de conformidad con las normas vigentes antes de los Decretos 4433 de 2004 y 0991 de 2015, este es un derecho garantizado por la Ley marco en mención, luego entonces, siempre se les ha aplicado el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990.

10. CASO CONCRETO

Como se advierte en los antecedentes de la demanda, la parte actora busca que le sea reconocida y pagada la asignación de retiro en los términos del Decreto 1211 de 1990.

Se encuentra probado con la certificación expedida por la Atención al Usuario DIPER del Ejército Nacional aditada del 07 de junio de 2018, que el Sargento Viceprimero James Arenas, cumplió un tiempo de servicios de 16 años, 6 meses y 10 días. (Fol. 26, Arch. 01). Sin embargo la entidad demandada, indicó que según la hoja de servicios 3-77984778, el tiempo de servicios fue de 16 años 07 meses y 29 días interregno de tiempo aceptado en la fijación del litigio por las partes.

Que según relación de tiempos de servicios prestados (fl.20 Arch.01) detalla respecto del señor Arenas una suspensión penal del 14/09/2010 al 24/02/2017, tiempo que conforme la certificación de servicios en cita, al tiempo en que estuvo vinculado por 22 años y 23 días, fue descontado y que no computa como actividad un tiempo de 6 años, 6 meses y 10 días, por disposición normativa.

Mediante Resolución No. 00490 del 24 de marzo de 2017 el accionante fue separado en forma absoluta de las fuerzas militares, con fundamento a la condena penal de que fue sujeto (fl.22, arch.01).

Mediante Resolución No. 20606 del 21 de noviembre de 2018, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL, le niega el reconocimiento y pago de la asignación de retiro indicando que no cuenta con 20 años o más de servicio (fls.16-17, Arch.01).

³ Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 09 de marzo de 2017. C.P. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Expediente: 27001 23 33 000 2013 00068 01 (4295 2013). Demandante: MARINO HUMBERTO MIRANDA MELO. Demandado: Nación – Min. Defensa - CREMIL.

Ahora, de acuerdo con la prueba documental referida y según el recuento normativo realizado en líneas precedentes, para el Despacho el demandante sí tiene derecho al reconocimiento de la asignación de retiro, con base en lo siguiente:

Lo primero que se advierte, es que en el curso de la situación administrativa de servicio activo, 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.

Es claro entonces que el demandante a la fecha de su retiro acumuló 16 años, 7 meses y 29 días de prestación de servicios al Ejército Nacional, según la hoja de servicios 3-77984778, sin embargo la entidad accionada, resuelve negarle la solicitud mediante Resolución No. 20606 del 21 de noviembre de 2018, acto demandado que se fundamentó en el del Decreto 0991 de 2015 (normativa vigente al momento del retiro ocurrido el 24 de marzo de 2017 y que reglamentó la Ley 923 de 2004), sin embargo esta norma no se debió aplicar en el presente caso, teniendo en cuenta que el señor James Arenas se encuentra favorecido con el régimen de transición que dispuso la Ley 923 de 2004, y el único condicionamiento es que al momento de la entrada en vigencia de la citada norma, la persona se encuentre en servicio activo de las fuerzas militares.

El demandante esgrimió como otro de los cargos que sustentan sus pretensiones, que el acto administrativo demandado, lesiona el Art.163 del Decreto 1211 de 1990, dado que la entidad accionada descontó de la hoja de servicios todo el tiempo que estuvo privado de la libertad, pese a que en ese interregno estuvo en servicio activo, devengó salario y según si dicho, se le descontaron los aportes con destino a CREMIL, completando un mínimo de 16 años, 6 meses y 10 días de servicio, cuestión que desconoce la entidad demandada, en virtud de lo contemplado en el Art.172 del Decreto 1211 de 1990, a cuyo tenor señala:

“ARTICULO 172. DEDUCCION TIEMPO POR CONDENA. El tiempo de condena privativa de la libertad personal, decretada por la Justicia Penal Militar o por la Ordinaria, no se considerará como de actividad para efectos del cómputo de tiempo de servicio a que se refiere el artículo 170 de este Decreto”.

En esa medida resulta es claro que no computa como actividad, el periodo que comprende la *suspensión penal* registrada en la hoja de servicios del demandante, durante el periodo comprendido entre el 14 de septiembre de 2010 al 24 de marzo de 2017, sin perjuicio de los efectos que pudiera tener en relación con la asignación de retiro. Lo anterior para explicar que en atención a que la prueba decretada de oficio en la audiencia inicial realizada el 11 de marzo de 2020, reiterada por auto del 14 de enero de 2021, tendiente a obtener certificación en relación con el pago de salarios, prestaciones sociales y especialmente la realización de descuentos y aportes con destino al sistema de seguridad social durante ese periodo.

En este orden, no podrá resolverse en esta instancia, por carencia absoluta de prueba, el problema jurídico asociado a ese aspecto puntual, referente a si el tiempo de privación de la libertad se hicieron aportes a pensión, lo cual es ajeno a que compute como servicio activo, empero no es óbice para que el demandante conserve si derecho a la asignación de retiro con el tiempo de servicio alcanzado, que en este caso es superior a 16 años, derecho que deviene de la aplicación correcta de la norma vigente al momento de su ingreso al Ejército Nacional y no al retiro, como plantea la demandada en el acto enjuiciado.

Así las cosas se concluye que 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 su reconocimiento, requisito que cumple, sin duda alguna, toda vez que según lo afirmado por la entidad accionada en la hoja de servicios 3-77984778 se registró que al momento de su retiro, contaba con un tiempo de servicio de 16 años, 7 meses y 29 días, por consiguiente, no podía en ningún caso, exigírsele un tiempo de servicios superior a los 15 años, para obtener una mínima pensión del 50%, sobre la asignación mensual de acuerdo al grado militar y las partidas computables, derecho que no se afecta, pese a la inconsistencia reflejada en certificación expedida por la Atención al Usuario DIPER del Ejército Nacional adiada del 07 de junio de 2018, que refiere que el Sargento Viceprimero James Arenas, cumplió un tiempo de servicios de 16 años, 6 meses y 10 días. (Fol. 26, Arch. 01).

Por la razón anotada, el acto administrativo demandado está viciado de ilegalidad por violar las normas en que debió fundarse, al no aplicar de manera adecuada la Ley 923 de 2004, interpretar indebidamente el Decreto 0991 de 2015 y no aplicar el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, por lo que habrá de declararse su nulidad

En tal virtud, declarada la nulidad del acto, se declarará que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL debe reconocer y pagar al aquí demandante, una asignación de retiro con efectos fiscales a partir de su retiro, esto es, el 24 de marzo de 2017 y no de los tres meses de alta en virtud del Artículo 178 del Decreto 1211 de 1990, la asignación de retiro será liquidada de conformidad con los parámetros legales y jurisprudenciales.

Por lo que Jaime Arenas habiendo cumplido un tiempo de servicio activo de mínimo de 16 años, por lo cual de conformidad con el decreto 1211 de 1990, tiene derecho a que le sea reconocida la asignación de retiro en el porcentaje equivalente al 50% por los primeros 15 años y 4% el siguiente años. Total 54%.

Valga indicar que estando el proceso para proferir sentencia, por auto del 14 de enero de 2021, se profiere auto de mejor proveer dirigido a la Secretaría del juzgado con el fin de obtener la prueba documental decretada de oficio en audiencia inicial realizada el 11 de marzo de 2020, concretamente se requiere a la Sección de Nómina del Ejército Nacional conteste el oficio No. 20-51 de fecha 20 de marzo de 2020, y expida certificación en la que se indique: si durante el tiempo en que el señor JAMES ARENAS estuvo suspendido por estar privado de la libertad, periodo comprendido entre el año 2010 al 2017, se le pagó salario y prestaciones sociales y si se efectuaron descuentos con destino a seguridad social, sin que se haya recibido respuesta.

Al respecto se dirá que sin perjuicio del resultado de la práctica probatoria antes señalada, el tiempo alcanzado por el demandante superior a 16 años de servicio y de aportes a pensión, le permite acceder a una pensión mínima en el porcentaje antes indicado, por lo que en esta etapa de proceso, no se logra despejar el segundo problema jurídico asociado que se planteó.

11. DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

Se rememora que CREMIL propuso las excepciones de *“No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, no configuración de causal de nulidad”*.

Sobre el particular, se sentó que al demandante le asiste el derecho reclamado, pues demostró que el acto administrativo demandado estaba viciado de ilegalidad

por violar las normas en que debió fundarse, al no aplicar de manera adecuada la Ley 923 de 2004, interpretar indebidamente el Decreto 0991 de 2015 y no aplicar el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990.

Estos medios exceptivos se declararán no fundados en razón a que del análisis de los fundamentos fácticos y jurídicos que rodean el asunto se evidencia que existió una indebida interpretación de las normas relacionadas con el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, por lo tanto, sí existe una obligación a cargo de CREMIL tendiente a reconocer el derecho pretendido.

12. INDEXACIÓN

Las sumas que resulten de la condena deberán reajustarse como ordena el inciso final del artículo 187 del CPACA, aplicando la siguiente fórmula de actualización:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma que resulte a favor del demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió realizarse el pago.

Por tratarse de obligaciones que se pagan mensualmente, la entidad demandada aplicará la fórmula separadamente, mes a mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación del derecho en cada periodo.

13. DESCUENTOS POR APORTES NO REALIZADOS

La entidad demandada no puede verse afectada porque sus afiliados no realizan los aportes sobre todos los valores devengados o porque la respectiva pagaduría no efectúa el descuento respectivo, con base en la reiterada posición del Tribunal Administrativo de Boyacá, se ordenará que de la nueva liquidación que se disponga, se haga el descuento indexado del valor de los aportes con destino a sanidad y las demás a que haya lugar, no efectuados sobre la asignación de retiro a reconocer en esta sentencia. El monto máximo a descontar, no podrá superar el valor de la condena que se reconoce en favor del demandante.

14. CONDENA EN COSTAS

Teniendo en cuenta que las pretensiones prosperan de forma parcial, el Despacho no impondrá condena en costas de conformidad con el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P., suerte que siguen las agencias en derecho, toda vez que si bien se accede a la nulidad de la Resolución No. 20606 del 21 de noviembre de 2018, y se ordena el restablecimiento del derecho, no se hace con el alcance solicitado en la demanda en cuanto no se accede por falta de prueba, a computar para efectos de liquidación de la asignación de retiro, como tiempo de servicio la suspensión penal registrada en la hoja de servicios del demandante, causada del 14 de septiembre de 2010 al 24 de marzo de 2017.

15. DECISION

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, *“Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley”*

FALLA:

Primero.- Declarar no fundada las excepciones de “No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, no configuración de causal de nulidad” propuestas por CREMIL

Segundo.- Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución No. 20606 del 21 de noviembre de 2018 expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL en cuanto negó al señor JAMES ARENAS el reconocimiento y pago de la asignación de retiro por lo expuesto en precedencia.

Tercero.- A título de restablecimiento del derecho, se condena a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL a reconocer y pagar al señor JAMES ARENAS, identificado con C.C. No. 79.847.788 una asignación de retiro con efectos fiscales a partir de su retiro: 24 de marzo de 2017, esta será liquidada de conformidad con los parámetros estipulados en la parte motiva de esta sentencia.

Cuarto.- Ordenar que la liquidación realice los descuentos con destino a sanidad y los demás a que haya lugar.

Quinto.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

Sexto.- Sin condena en costas en esta instancia.

Séptimo.- CREMIL debe cumplir la presente sentencia dentro de los términos y previsiones de los artículos 187 inciso final, 192 y 195 del CPACA.

Octavo.- En firme esta providencia, archívese el expediente, previa liquidación de gastos y devolución de excedentes, si hay lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

**NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 002 ADMINISTRATIVO DE SOGAMOSO**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

6fcb9078f2b4d80c8ad065c10c5dbcbcb80bd9a5cce5e9680f8eb6721035a0bc2

Documento generado en 24/02/2021 04:59:39 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**