



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Carrera 4ª # 2-18. Teléfono 8240802. Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Popayán, veintinueve (29) de julio de 2022

Expediente: 19001-33-33-008-2020-00147-00
Demandante: EDUAIME GAITAN PATIÑO
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL
M. de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Sentencia núm. 108

1.- ANTECEDENTES.

1.1.- La demanda¹ y postura de la parte actora.

El señor EDUAIME GAITAN PATIÑO, a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, formuló demanda en contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- CREMIL, pretendiendo la declaratoria de nulidad de la Resolución nro. 4284 de 25 de abril de 2019 y la Resolución nro. 3232 de 19 de marzo de 2020, por medio de las cuales se le negó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

Pretende a título de restablecimiento del derecho se ordene el reconocimiento y pago de la asignación de retiro desde el 30 de abril de 2018, así como el reajuste al cual tenga derecho; se condene al pago de daños materiales y morales causados al actor; dichas sumas, afirma, deberán ser debidamente indexadas y devengarán los intereses dispuestos en el CPACA.

Como base fáctica de las pretensiones, se indicó en la demanda que el actor ingresó al Ejército Nacional en calidad de soldado regular el 17 de junio de 1996 hasta el 30 diciembre de 1998; posteriormente, en calidad de soldado voluntario en el periodo 1. ° de julio de 1999 a 31 de octubre de 2003, y en forma continua e ininterrumpida en calidad de soldado profesional a partir del 1. ° de noviembre de 2003 a 20 de abril de 2018, para un total de 20 años, 4 meses y 9 días.

Como normas violadas se invocaron los artículos 1°, 2, 3, 4, 6, 11, 13, 25, 29, 34, 42, 47, 48, 49, 54, 58, 150, 218, 219, 221 y 229 de la Constitución Política, los Decretos 1793, 1794 de 2000 y 4433 de 2004, la Ley 923 de 2004, los artículos 37, 38 y 39 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 138 del CPACA.

En el concepto de violación, se argumentó que los actos administrativos demandados están viciados de nulidad por infracción en las normas en que deberían fundarse y en forma irregular, teniendo en cuenta que el accionante cumplió con los requisitos establecidos en el Decreto 4433 de 2004 para el reconocimiento de la asignación de retiro, aclarando que aunque fue condenado en el año 2017 por la justicia penal, solo fue retirado del servicio por la causal de condena judicial en el año 2018, continuando la entidad realizando aportes al sistema de seguridad social.

En la etapa de alegatos de conclusión², el apoderado de la parte actora ratificó los argumentos expuestos en la demanda, afirmando que se encuentra debidamente acreditado que el señor Eduaime Gaitán Patiño laboró por un periodo de 20 años, 4 meses y 9 días, periodo en el que se realizaron los respectivos aportes para la asignación de retiro, concluyendo que debe la entidad proceder al reconocimiento solicitado, conforme el Decreto 4433 de 2004 y a partir del 27 de abril de 2018.

¹ Pág. 1 a 10, índice 02 DemandaAnexos

² Índices 16 y 17 AlegatosConclusionParteActora

1.2.- Postura y argumentos de defensa³ de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Actuando a través de apoderado judicial, dentro del término establecido en la Ley, la entidad demandada se opuso a los hechos y pretensiones de la demanda exponiendo que el señor Gaitán Patiño no cumple con los requisitos para acceder a la asignación de retiro, de conformidad con el contenido del Decreto 4433 de 2004, teniendo en cuenta que fue retirado del servicio por la causal de condena a prisión, con un tiempo de servicios de 17 años, 10 meses y 15 días.

Una vez señalada la naturaleza jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, señaló que mediante la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004, se creó el derecho de los soldados a acceder a la asignación de retiro, modificando sustancialmente las reglas establecidas en los Decretos 1793 y 1794 de 2000, y aclara que el reconocimiento de la asignación de retiro, debe realizarse conforme las normas vigentes al momento del reconocimiento y basado en la información que reposa en la hoja de servicios que debe remitir la entidad empleadora.

Puntualiza que la norma que cobija al actor es el Decreto 4433 de 2004 y, por tanto, debe cumplir con 20 años de servicios para proceder al reconocimiento de su asignación de retiro, tiempo que no fue cumplido, pues solo estuvo al servicio de la entidad por un periodo de 17 años, 10 meses y 15 días.

Señaló que no es procedente ordenar la condena en costas y agencias en derecho, puesto que la entidad no ha realizado actos dilatorios, temerarios o encaminados a perturbar el procedimiento, limitándose a realizar actos propios de la defensa judicial.

Propuso la excepción que denominó "*NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES*", y solicitó negar las pretensiones de la demanda.

En la etapa de alegatos de conclusión⁴, la nueva mandataria judicial del ente demandado se sostuvo en los argumentos de la contestación de la demanda, al concluir que el señor Gaitán Patiño no tiene derecho al reconocimiento de la asignación de retiro, teniendo en cuenta que no cumple con el tiempo de servicios establecido en el Decreto 4433 de 2004, norma aplicable atendiendo a la fecha de retiro del servicio.

1.3.- Concepto del Ministerio Público.

La delegada del Ministerio Público ante este despacho no presentó concepto en esta instancia.

2.- CONSIDERACIONES.

2.1.- Presupuestos procesales de competencia y caducidad.

Por la naturaleza del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el lugar de prestación del servicio y de expedición del acto administrativo demandado, este juzgado es competente para conocer de este asunto en primera instancia, conforme a lo previsto en los artículos 138, 155 numeral 3 y 156 numeral 3 de la Ley 1437 de 2011.

El artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 establece la oportunidad para presentar la demanda, y tratándose del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el numeral 2.d., expresa que se deberá instaurar dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo. Sin embargo, el mismo articulado establece que la demanda puede ser presentada en cualquier tiempo, cuando se dirija contra actos derivados del silencio administrativo y cuando se trate de actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas.

³ Índice 05 ContestacionDemanda.

⁴ Índice 18 AlegatosConclusionCremil.

De acuerdo con lo expuesto, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho impulsado en contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- CREMIL no ha caducado, atendiendo que la demanda busca la declaratoria de nulidad de un acto administrativo que resolvió sobre el reconocimiento de la asignación de retiro, la cual, es una prestación de carácter periódico.

2.2.- Problema jurídico.

Corresponde al despacho determinar si los actos administrativos acusados se encuentran ajustados a Derecho, o si, por el contrario, están afectados de nulidad y por tanto le asiste razón al señor EDUAIME GAITÁN PATIÑO, al considerar que tiene derecho al reconocimiento y pago de la asignación de retiro, a pesar del tiempo de suspensión y condena por parte de la jurisdicción ordinaria penal.

2.3.- Tesis.

Se negarán las pretensiones de la demanda atendiendo que no se desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, pues el señor Eduaime Gaitán Patiño no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, puesto que el periodo en el cual estuvo privado de la libertad no podrá computarse a efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, en razón a que la decisión final dentro del proceso penal, fue condenatoria.

El fundamento de la tesis planteada se expondrá analizando: (i) Lo probado en el proceso, (ii) Marco jurídico, y (iii) Juicio de legalidad del acto administrativo demandado.

2.4.- Razones que soportan la decisión.

PRIMERA: Lo probado en el proceso.

✚ Con el acta nro. 0771 de 30 de abril de 2018 se acredita el desacuartelamiento del soldado profesional Eduaime Gaitán Patiño -pág. 22, índice 02 DemandaAnexos-, se indica en dicha acta lo siguiente:

- Fue orgánico del batallón de operaciones terrestres nro. 13.
- Fue desvinculado de la institución mediante orden administrativa de personal nro. 1386 de 20 de abril de 2018, con novedad fiscal 30 de abril de 2018.

✚ Obra constancia expedida por la sección de atención al usuario DIPER en la cual se indica que al señor Gaitán Patiño le obra la siguiente información laboral:

- Servicio militar: 17 de junio de 1997 a 30 de diciembre de 1998, 1 año, 6 meses y 13 días.
- Soldado voluntario: 1. ° de julio de 1999 a 31 de octubre de 2003, 4 años y 4 meses.
- Soldado profesional: 1. ° de noviembre de 2003 a 27 de abril de 2018: 14 años, 5 meses, 25 días.
- Total: 20 años, 4 meses y 9 días.

✚ Obra como nota marginal la siguiente información: "*Esta certificación no es válida para retiro, los datos aquí contenidos son los registrados en su historia laboral para reconocimientos prestacionales deben ser avalados por la Dirección de Prestaciones Sociales, de acuerdo a las normas legales vigentes. Para efectos de asignación de retiro o pensión en el caso de tener tiempo de Alumno se liquidará sin sobrepasar 2 años.*" -pág. 23, índice 02 DemandaAnexos.

✚ Obra constancia de nómina mensual -pág. 24, índice 02 DemandaAnexos-, a nombre del señor Eduaime Gaitán Patiño, en el cual se indica que, para el mes de abril de 2018, con corte 27 de abril de 2018, le figura la siguiente información:

DEVENGADO	PORCENTAJE	VALOR
SUEL_BASICO		\$ 1.249.988.00
SEGVIDSUBS	0	\$ 14.316.00

BONCRDPUPF	25	\$ 312.497.00
PRSOLVOL	58.5	\$ 731.242.00
SUBFAMILIAR	4	\$ 781.242.50

DESCUENTO	VALOR
SISTSALUDFFMM	\$ 81.300.00
CRFFMMAPORTE	\$ 76.600
DEMIL	\$ 11.874.89
RETMILEJC	\$ 624.994.00
(...)	

Mediante orden administrativa de personal nro. 1386 de 20 de abril de 2018 -pág. 25 a 28, índice 02 DemandaAnexos-, el comando de personal del Ejército Nacional retira del servicio activo, entre otros, al soldado profesional Eduaime Gaitán Patiño, por la causal imposición de condena judicial debidamente ejecutoriada, con efectos fiscales 30 de abril de 2018.

Se remitió copia de la hoja de servicios nro. 3-10006801 de 14 de agosto de 2018 -pág. 22 y 23, índice 05 ContestacionDemanda-, con la cual se acredita respecto del señor Eduaime Gaitán Patiño:

Tiempo para pensión y/o asignación de retiro:

Concepto	Años	Meses	Días
Tiempo físico	14	5	29
Servicio militar obligatorio	1	6	13
Soldado voluntario	4	4	0
Tiempo deducido por justicia	2	8	4
Total	17 años	8 meses	8 días
Diferencia año laboral	0 años	2 meses	7 días
Tiempo liquidación	17 años	10 meses	15 días

Relación detallada de tiempo:

Conceptos	Lapsos	
	Desde	Hasta
Servicio militar	17/06/1997	30/12/1998
Soldado voluntario	1/07/1999	31/10/2003
Soldado profesional	1/11/2003	30/04/2018
Suspensión penal	10/02/2010	15/07/2011
Suspensión penal	10/02/2017	30/04/2018
Soldado Profesional	01/06/2017	30/04/2018
Condena a prisión o condena	30/04/2018	

Información jurídica:

Concepto	Lapsos	
	Desde	Hasta
Detenido en prisión	10/02/2017	30/04/2018
Detenido en prisión	10/02/2010	15/07/2011
Suspensión en ejercicio de funciones y atribuciones	07/03/2018	30/04/2018

HABERES ÚLTIMA NÓMINA ABRIL DE 2018

Descripción	Porc.	Valor
SUELDO BASICO		1.249.988
SEGURO DE VIDA SUBSIDIADO	00	14.316
BONIFICACION ORDEN PUBLICO SOLDADO PF	25.00	312.497
PRIMA ANTIGÜEDAD SOLDADO PROFESIONAL	58.50	731.242
SUBSIDIO FAMILIAR	4.00	781.242
		3.089.285

DESCUENTOS ULTIMA NOMINA ABRIL 2018

Descripción	Valor
-------------	-------

SISTEMA SALUD FUERZAS MILITARES	81.300
CAJA RETIRO FF.MM APOORTE	76.600
ASOCIACION DEFENSORIA MILITAR	11.874
RETECION MILITAR EJERCITO	624.994
(...)	

- ✚ Obra orden de detención nro. 0057 de 10 de febrero de 2010 expedida por la Fiscalía 58 especializada de la unidad nacional de derechos humanos y derecho internacional humanitario -pág. 25 y 26, índice 05 ContestacionDemanda-. Y boleta de libertad nro. 0023 de 15 de julio de 2011 de Juez de Montenegro, Quindío.
- ✚ Reposo certificación expedida por el comandante del batallón de operaciones terrestres nro. 13 de 26 de febrero de 2018 -pág.63, índice 05 ContestacionDemanda-, en la cual se indica que el señor Eduaime Gaitán Patiño se encontraba detenido en la cárcel para miembros de la fuerza pública de alta y mediana seguridad desde el 10 de febrero de 2017 a la fecha de la certificación.
- ✚ Reposo certificado de antecedentes disciplinarios de la Procuraduría General de la Nación -pág.64, índice 05 ContestacionDemanda-, en la cual se indica que tiene las siguientes inhabilidades:
 - Inhabilidad para contratar con el Estado desde el 28 de junio de 2017 a 27 de junio de 2022.
 - Inhabilidad para desempeñar cargos públicos desde el 28 de junio de 2017 a 27 de junio de 2027.
- ✚ Mediante Resolución nro. 0495 de 7 de marzo de 2018 el director de personal del Ejército Nacional dispuso suspender en funciones, entre otros, al soldado profesional Eduaime Gaitán Patiño, de acuerdo con la boleta de encarcelación nro. 001 de 10 de febrero de 2017, ordenando, además, que mientras se encuentra suspendido, devengará las primas, subsidios y el 50 % del salario básico -pág.66, índice 05 ContestacionDemanda. Y señala que dicha resolución rige a partir de la fecha de su expedición.
- ✚ El 14 de febrero de 2019 el accionante solicitó el reconocimiento de la asignación de retiro y fue negada dicha solicitud mediante los actos administrativos enjuiciados, Resolución nro. 4284 de 25 de abril de 2019 y Resolución nro. 3232 de 19 de marzo de 2020 -pág.13 a 19, índice 02 DemandaAnexos-.
- ✚ De acuerdo con el oficio nro. 8741 de 1. ° de diciembre de 2021, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, la sentencia de 24 de enero de 2017, que condenó al señor Eduaime Gaitán Patiño, quedó ejecutoriada el 28 de junio de 2017, de acuerdo con providencia de la Corte Suprema de Justicia que inadmitió recurso de casación.
- ✚ Se remitieron certificaciones de nómina relacionadas con el señor Eduaime Gaitán Patiño, -pág.12 a 18, índice 13 ParteActoraRemitePruebas-, de las cuales se acredita que devengó los siguientes haberes en el periodo febrero de 2010 a julio de 2011:

❖ Durante el lapso comprendido entre el 1. ° de febrero a 30 de mayo de 2010:

DEVENGADO	COD.	PORCE.	VALOR	DESCUENTOS	COD.	INICIO	TERMINO	VALOR
SUEL_BASICO POR 30 DÍAS	8001		721,000.00	SISTEMA SALUD FFMM	9101	000000	000000	46,900.00
SUBFAMILIAR	8002	4.00 %	450,625.00	VIVIENDA MILITAR	9103	000000	000000	50,470.00
PRSOLVOL	8004	58.50 %	421,785.00	APORTE CAJA DE RET	9105	000000	000000	45,160.55
SEGVIDSUBS	8051		9,612.00	CAJA DE RETIRO AUM	9108	201002	201002	13,388.00
BONORDPUPF	8075	20.00 %	144,200.00	ASOCIACION DEFENS	9158	201002	201002	6,609.00
				COORDISERLTDA	9448	200910	201209	39,000.00
				SEGURO DE VIDA VOL	953V	000000	000000	12,001.00
				SEGURO DE VIDA OBL	953W	000000	000000	9,612.00
				BCO DE BOGOTA1	9698	200908	201407	264,914.00
TOTAL DEVENGADO			1,747,222.00	TOTAL DESCUENTOS				488,054.55

❖ Entre el 1.º de junio al 31 de octubre y diciembre de 2010:

<u>DEVENGADO</u>	<u>COD.</u>	<u>FORCE.</u>	<u>VALOR</u>
SUEL_BASICO POR 30 DÍAS	8001		721,000.00
SUBFAMILIAR	8002	4.00 %	450,625.00
PRSOLVOL	8004	58.50 %	421,785.00
SEGVIDSUBS	8051		9,805.00
BONORDPUPF	8075	25.00 %	180,250.00
TOTAL DEVENGADO			1,783,465.00

Y se realizaron descuentos en ese mismo periodo, con destino a la CREMIL, en los siguientes términos:

Junio: \$ 45.160.55
 Julio a diciembre: \$ 44.169.36 cada mes

❖ En el mes de noviembre de 2010, devengó:

NOVIEMBRE 2010 - SLP			
<u>DEVENGADO</u>	<u>COD.</u>	<u>FORCE.</u>	<u>VALOR</u>
SUEL_BASICO POR 30 DÍAS	8001		721,000.00
SUBFAMILIAR	8002	4.00 %	450,625.00
PRSOLVOL	8004	58.50 %	421,785.00
SEGVIDSUBS	8051		9,805.00
ADIC.PRIVACACIONAL	8127	50.00 %	782,285.00
TOTAL DEVENGADO			2,385,500.00

Y se realizó descuentos para CREMIL, por valor de \$ 44.169.36

❖ En el periodo enero a abril de 2011, devengó:

<u>DEVENGADO</u>	<u>COD.</u>	<u>FORCE.</u>	<u>VALOR</u>
SUEL_BASICO POR 30 DÍAS	8001		749,840.00
SUBFAMILIAR	8002	4.00 %	468,650.00
PRSOLVOL	8004	58.50 %	438,656.40
SEGVIDSUBS	8051		9,805.00
BONORDPUPF	8075	25.00 %	187,460.00
TOTAL DEVENGADO			1,854,411.40

Y se hicieron descuentos, en dicho periodo, de manera mensual para la CREMIL, por valor de \$ 45.936.13.

❖ En el periodo mayo y junio de 2011, devengó los siguientes haberes:

<u>DEVENGADO</u>	<u>COD.</u>	<u>FORCE.</u>	<u>VALOR</u>
SUEL_BASICO POR 30 DÍAS	8001		749,840.00
SUBFAMILIAR	8002	4.00 %	468,650.00
PRSOLVOL	8004	58.50 %	438,656.40
SEGVIDSUBS	8051		10,116.00
BONORDPUPF	8075	25.00 %	187,460.00
TOTAL DEVENGADO			1,854,722.40

Y el descuento para CREMIL, cada mes, fue de \$ 45.936.13

❖ Y finalmente, en el mes de julio de 2011, devengó y se le realizaron los siguientes descuentos:

<u>DEVENGADO</u>	<u>COD.</u>	<u>PORCE.</u>	<u>VALOR</u>	<u>DESCUENTOS</u>	<u>COD.</u>	<u>INICIO</u>	<u>TERMINO</u>	<u>VALOR</u>
SUEL_BASICO POR 30 DÍAS	8001		749,840.00	SISTEMA SALUD FFMM	9101	000000	000000	48,700.00
SUBFAMILIAR	8002	4.00 %	468,650.00	VIVIENDA MILITAR	9103	000000	000000	52,488.00
PRSOLVOL	8004	58.50 %	438,656.40	APORTE CAJA DE RET	9105	000000	000000	45,936.13
SEGVIDSUBS	8051		10,116.00	ASOCIACION DEFENS	9158	201107	201109	7,123.00
				RECORDARSA	9333	201102	201402	9,700.00
				COORDISERLTD	9448	200910	201209	39,000.00
				SEGURO DE VIDA VOL	953V	000000	000000	20,000.00
				SEGURO DE VIDA OBL	953W	000000	000000	10,116.00
				BCO DE BOGOTA1	9698	200908	201407	264,914.00
TOTAL DEVENGADO			1,667,262.40	TOTAL DESCUENTOS				497,977.13

✚ Se remitieron certificaciones de nómina relacionadas con el señor Eduaime Gaitán Patiño -pág.19 a 24, índice 13 ParteActoraRemitePruebas-, de las cuales se acredita que devengó los siguientes haberes en el periodo febrero de 2017 a abril de 2018:

❖ En el periodo febrero a abril de 2017:

<u>DEVENGADO</u>	<u>COD.</u>	<u>PORCE.</u>	<u>VALOR</u>
SUEL_BASICO POR 30 DÍAS	8001		1,032,804.00
SUBFAMILIAR	8002	4.00 %	645,502.50
PRSOLVOL	8004	58.50 %	604,190.34
SEGVIDSUBS	8051		12,760.00
BONORDPUPF	8075	25.00 %	258,201.00
TOTAL DEVENGADO			2,553,457.84

Y se realizaron descuentos para CREMIL, por valor mensual de \$ 63.270.86

❖ En mayo de 2017:

<u>DEVENGADO</u>	<u>COD.</u>	<u>PORCE.</u>	<u>VALOR</u>
SUEL_BASICO POR 30 DÍAS	8001		1,032,804.00
SUBFAMILIAR	8002	4.00 %	645,502.50
PRSOLVOL	8004	58.50 %	604,190.34
SEGVIDSUBS	8051		12,760.00
TOTAL DEVENGADO			2,295,256.84

Y se descontó para Cremil el valor de \$ 63.270.86

❖ En el periodo junio a diciembre de 2017, devengó:

<u>DEVENGADO</u>	<u>COD.</u>	<u>PORCE.</u>	<u>VALOR</u>
SUEL_BASICO POR 30 DÍAS	8001		1,180,347.00
SUBFAMILIAR	8002	4.00 %	737,716.87
PRSOLVOL	8004	58.50 %	690,502.99
SEGVIDSUBS	8051		13,622.00
TOTAL DEVENGADO			2,622,188.86

Y se realizaron descuentos mensuales para CREMIL, por valor de \$ 72.400.00.

❖ En el periodo enero y febrero de 2018, devengó:

<u>DEVENGADO</u>	<u>COD.</u>	<u>PORCE.</u>	<u>VALOR</u>
SUEL_BASICO POR 30 DÍAS	8001		1,249,988.00
SUBFAMILIAR	8002	4.00 %	781,242.50
PRSOLVOL	8004	58.50 %	731,242.98
SEGVIDSUBS	8051		13,622.00
BONORDPUPF	8075	25.00 %	312,497.00
TOTAL DEVENGADO			3,088,592.48

❖ En el periodo marzo y abril, devengó:

<u>DEVENGADO</u>	<u>COD.</u>	<u>PORCE.</u>	<u>VALOR</u>
SUEL_BASICO POR 30 DÍAS	8001		1,249,988.00
SUBFAMILIAR	8002	4.00 %	781,242.50
PRSOLVOL	8004	58.50 %	731,242.98
SEGVIDSUBS	8051		14,316.00
BONORDPUPF	8075	25.00 %	312,497.00
TOTAL DEVENGADO			3,089,286.48

Y los descuentos para CREMIL, de manera mensual en el periodo enero a abril fueron de \$ 76.600.00

SEGUNDA: Marco jurídico.

De acuerdo con los supuestos fácticos expuestos en la demanda, se hace necesario abordar el estudio de los siguientes aspectos jurídicos.

➤ Presunción de legalidad de los actos administrativos.

La Ley 1437 de 2011, señala:

"Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. (...)".

Razonamiento que ha efectuado el Consejo de Estado durante la vigencia del entonces Código Contencioso Administrativo y en la actualidad⁵:

"Mientras la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no decrete la nulidad de un acto administrativo, este se presume válido y es idóneo para producir los efectos que le son propios, tal como se desprende de lo normado en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) y como ya lo preceptúa de manera expresa el nuevo Código Contencioso administrativo al disponer que "los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo".

Tal presunción no es de derecho, admite prueba en contrario, es decir, puede desvirtuarse dicha presunción ante la jurisdicción contenciosa administrativa para que los actos

⁵ CONSEJO DE ESTADO. CP.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C., ocho (8) de agosto de 2012, Radicación número: 54001-23-31-000-1999-0111-01 (23358).

administrativos sean retirados del ordenamiento jurídico, argumentando la ocurrencia de alguna de las causales consagradas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, esto es, que hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien las profirió.

➤ Fundamento legal en materia prestacional de los soldados profesionales.

Conforme lo establece el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un servicio público obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. De ahí que, el legislador quedó habilitado para configurar el sistema de seguridad social sometido a dichos principios y a los parámetros fundamentales establecidos en la citada norma constitucional.

El Sistema de Seguridad Social Integral se encuentra conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales, hoy denominados riesgos laborales, y los servicios sociales complementarios que se definen en la misma Ley 100 de 1993. No obstante, en su artículo 279⁶ dispuso la inaplicabilidad de esta respecto de los miembros de la Fuerza Pública, quienes se encuentran cobijados por uno exceptuado cuyo fundamento reside en la naturaleza de las competencias, funciones y riesgos que asumen en la prestación del servicio que tienen a su cargo.

Hay que indicar inicialmente, que la asignación de retiro para los miembros del Ejército Nacional se encontraba regulada en el Decreto 1211 de 1990, pero solo estaba prevista para oficiales y suboficiales, normativa que en su artículo 163, establecía:

"ARTÍCULO 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 sicofísica, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente, y los que se retiren a solicitud propia después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el Artículo 158 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto. (...)".

Posteriormente se expidió el Decreto 1793 de 2000 "Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares" y el Decreto 1794 de 2000 "por el cual se establece el régimen salarial y prestacional para el personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares", sin embargo, dichas normas no regularon lo concerniente a la asignación de retiro para los soldados profesionales y/o soldados voluntarios.

De acuerdo con las normas en cita, existía un vacío normativo respecto del tema de la asignación de retiro para los soldados profesionales y voluntarios, vacío que entró a cubrir la Ley 923 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", que prevé:

"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,

⁶ Artículo 279. «Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.».

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%). (...)"

Por su parte, el Decreto 4433 de 2004⁷ en desarrollo de la Ley 923 de 2004, fijó el régimen de asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, y en el artículo 16 estableció los requisitos y cuantía de la asignación de retiro para los soldados profesionales, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con 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 setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

Y el artículo 7 del mencionado Decreto, consagra que, para efectos de la asignación de retiro o pensión de sobrevivientes, se liquidará el tiempo de servicios, sin tenerse en cuenta el tiempo de condena privativa de la libertad o de separación temporal, así:

"ARTÍCULO 7°. Cómputo de tiempo de servicio. Para efectos de la asignación de retiro o pensión de sobrevivientes, el Ministerio de Defensa Nacional y la Dirección General de la Policía Nacional, liquidarán el tiempo de servicio, así:

(...)

PARÁGRAFO. El tiempo de condena privativa de la libertad personal, decretada por la Justicia Penal Militar o por la ordinaria, o de separación temporal, no se computará como tiempo de servicio".

⁷ "Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública."

Es decir, que, de acuerdo con la norma en cita, son dos las situaciones que permiten que se realice el descuento en el cómputo del tiempo para la asignación de retiro, por condena privativa de la libertad o por separación temporal de las funciones.

➤ Retiro del servicio por la causal de condena judicial y la suspensión por detención preventiva.

Como ya se mencionó, el Decreto 1793 de 2000 regula el régimen de carrera y estatuto de personal de los soldados profesionales, y en sus artículos 7 y 8, consagra la figura del retiro del servicio y sus causales, así:

"ARTÍCULO 7. RETIRO. Es el acto mediante el cual el Comandante de la Fuerza respectiva, dispone la cesación del servicio de los soldados profesionales".

*"ARTÍCULO 8. CLASIFICACIÓN. El retiro del servicio activo de los soldados profesionales, según su forma y causales, se clasifica así:
(...)*

*b. Retiro absoluto
(...)*

*4. Por condena judicial.
(...)"*.

Y seguidamente, el artículo 15 de la mencionada norma, dispone:

"ARTÍCULO 15. RETIRO POR CONDENA JUDICIAL. El soldado profesional a quien se le profiera condena judicial debidamente ejecutoriada, será retirado del servicio".

Ahora bien, en el artículo 11 del mencionado Decreto 1793 de 2000, sin la modificación de la Ley 1984 de 2019, se consagraba:

"ARTÍCULO 11. RETIRO POR DETENCIÓN PREVENTIVA. <Ver CONDICIONAMIENTO en relación con los apartes subrayados> El soldado profesional a quien se le profiera medida de aseguramiento consistente en detención preventiva que exceda de sesenta (60) días calendario, será retirado del servicio".

Pese a ello, dicha norma fue declarada exequible condicionalmente, entendiendo que el término retirado, debía entenderse como suspendido, esto señaló la Corte Constitucional en sentencia C-289 de 2012:

*"Ello no implica que, frente a esta situación, las Fuerzas Militares no puedan adoptar medida alguna ya que, como se vio, es constitucional que procedan, como medida cautelar, a suspender al soldado profesional hasta tanto se emita sentencia absolutoria o cualquier otra decisión que termine el proceso penal y que no implique condena. Es por ello que la Corte declarará la constitucionalidad condicionada de la otra norma demandada -el artículo 11 del decreto ley 1793 de 2000- en el entendido de que la palabra retirado debe entenderse como suspendido.
(...)*

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE, por el cargo analizado, el artículo 11 del decreto ley 1793 de 2000 en el entendido de que la palabra retirado debe entenderse como suspendido".

Y finalmente, el Decreto 2367 de 2012 "por el cual se reglamenta el artículo 11 del Decreto-ley 1793 de 2000 y se dictan otras disposiciones" disponía:

"Artículo 1°. Suspensión por detención preventiva. El Soldado Profesional o Infante de Marina Profesional a quien se le profiera la medida de aseguramiento consistente en Detención Preventiva que exceda de 60 días calendario, será suspendido en funciones y atribuciones. Esta se dispondrá por el Comandante de la respectiva Fuerza.

Parágrafo 1°. Durante el tiempo de la suspensión el Soldado o Infante de Marina Profesional, percibirá las primas, subsidios y el cincuenta por ciento (50%) del salario mensual devengado. Si fuere absuelto o favorecido con preclusión de la investigación, deberá reintegrarse el porcentaje del salario retenido.

Parágrafo 2°. Cuando la sentencia o fallo fuere condenatorio las sumas retenidas en desarrollo de lo dispuesto en el presente artículo pasarán a formar parte de los recursos propios de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Parágrafo 3°. Cuando el tiempo de la suspensión sea superior al de la condena impuesta por la autoridad competente, se reintegrará el excedente del salario retenido.

Parágrafo 4°. Cuando se conceda el derecho de libertad provisional o condena de ejecución condicional no procederá la suspensión de funciones y atribuciones.

Artículo 2°. Levantamiento de la suspensión. Habrá lugar a levantar la suspensión del Soldado o Infante de Marina Profesional, con base en la comunicación de autoridad competente, a solicitud de parte, o de oficio, cuando hubiere sentencia o fallo absolutorio, se hubiesen vencido los términos de la suspensión provisional sin que se haya recibido comunicación de su prórroga, preclusión de la investigación, cesación de procedimiento o revocatoria del auto de detención.

A partir de la fecha del levantamiento de la suspensión, el Soldado o Infante de Marina Profesional, devengará la totalidad del salario mensual devengado.

Artículo 3°. Utilización del personal suspendido. Los Soldados Profesionales o Infantes de Marina Profesionales, que sean suspendidos en el ejercicio de las funciones y atribuciones, previo permiso concedido por el juez de conocimiento o autoridad competente, podrán ser utilizados por los respectivos comandos, conforme a lo dispuesto por la Ley 65 de 1993.

Parágrafo. El trabajo realizado por el personal de Soldados o Infantes de Marina Profesionales, será tenido en cuenta para la redención de la pena”.

En cuanto al tiempo de suspensión del servicio, cuando el proceso penal culmina con condena, para efectos pensionales, el Consejo de Estado ha señalado que no debe contabilizarse como tiempo para el reconocimiento de la asignación de retiro, tal y como lo dispuso el legislador en el parágrafo del artículo 7 del Decreto 4433 de 2004.

Así, mediante sentencia 11 de febrero de 2021⁸, respecto del cómputo del tiempo que se encuentra suspendido de funciones un militar, a efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, aunque tratándose de un suboficial del Ejército Nacional, señaló:

"44. Adicionalmente dichas disposiciones establecen que, si de la investigación o el proceso penal resulta condenado el encartado, el 50% no pagado pasará a formar parte de los recursos propios de la Caja de Retiro, pero si por el contrario resulta absuelto se le hará la devolución del valor retenido. Sin embargo, el tiempo en que esta medida perdure no podrá ser descontado del cómputo del tiempo de servicio para acceder a la asignación de retiro, pues, aunque la suspensión impide desarrollar las funciones de mando, durante ese periodo se pueden imponer y desarrollar funciones auxiliares.

45. Además de lo expuesto, también es importante reiterar que así como la suspensión puede tener su origen en una orden de detención preventiva conforme a lo previsto los artículos 630 del Decreto 2550 de 1988¹⁸; 531 de la Ley 522 de 1999¹⁹ (Código Penal Militar) y 359 de la Ley 600 de 2000²⁰, cuando el funcionario es juzgado por la jurisdicción ordinaria; también lo es que el tiempo que perdure la detención y la subsecuente suspensión de funciones, si el implicado resulta condenado con pena privativa de la libertad este lapso será restado del total de la condena. Es decir, que tal como se expuso y según lo dispone el parágrafo del artículo 7° del Decreto 4433 del 2004, este interregno no puede ser computado como tiempo de servicio para la asignación de retiro, pues de inmediato se convierte en tiempo de condena privativa de la libertad.

46. Ahora bien, la separación temporal está regulada por los artículos 145 del Decreto 1211 de 1990²¹, 112 del Decreto 1790 de 2000²² y 112 del Decreto 1428 de 2007²³, la cual no puede ser considerada como una medida cautelar, sino, como una sanción principal producto de una sentencia condenatoria que conlleve arresto o prisión por

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B", consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Sentencia de 11 de febrero de 2021. Radicación número: 25000-23-42-000-2014-04099-01(0726-19).

delitos culposos, por el tiempo de la condena salvo que se conceda cualquiera de los subrogados penales.

47. Es de señalar, que en los casos en los que procede la separación temporal el funcionario pierde el derecho a percibir cualquier tipo de retribución por los servicios prestados a la fuerza pública⁹, por tanto, no puede considerarse que se encuentra en servicio activo y tampoco podrá tenerse en cuenta dicho lapso para el cómputo de su asignación de retiro.

48. A pesar de lo anterior, una vez cumplida la sanción el integrante de la Fuerza Pública podrá volver a desempeñar sus funciones activamente y se reestablece la contabilización del tiempo de servicio para efectos de la asignación de retiro.

49. Finalmente, el retiro absoluto se produce cuando la condena proferida por la Justicia Penal Militar o Penal Ordinaria es arresto o prisión por la comisión de un delito no tipificado como culposo, o por una sanción del Tribunal Disciplinario que así lo disponga, tal como lo establecen los artículos 144 del Decreto 1211 de 1990¹⁰, 111 del Decreto 1790 de 2000¹¹ y 111 del Decreto 1428 de 2007¹², cuyo efecto o consecuencia directa para su destinatario es que pierde cualquier oportunidad de pertenecer nuevamente a la Fuerza Pública.” (Hemos destacado).

Postura que la Corporación ya había fijado en la sentencia de 14 de agosto de 2020, radicación interna 0094 – 2017:

“Debido a las anteriores situaciones de hecho, se considera ajustado a derecho el descuento realizado en la Hoja de Servicios No. 3-00079522975 que no se computara el tiempo que inicialmente se suspendió del ejercicio de sus funciones al señor Luis Fernando Campuzano, porque al ser condenado finalmente por la Corte Suprema de Justicia, este tiempo se convierte en condena privativa de la libertad, con lo cual se encuentra dentro lo estimado en el célebre párrafo del Artículo 7º del Decreto 4433 de 2004.

Por esta razón, al realizar el cómputo del tiempo de servicio laborado para las fuerzas militares es conforme a derecho realizar el descuento denominado “deducido por justicia”, por un periodo de cinco (5) años, once (11) meses y ocho (8) días, del lapso total en servicio activo, con lo cual el demandante completaría un tiempo de liquidación de 13 años, 3 meses y 7 días, para adquirir la asignación de retiro, lo que es insuficiente habida cuenta el Art.163 del Decreto No. 1211 de 1990, le exige un mínimo de quince años de servicios”.

Providencia que también señaló:

“Además de lo expuesto, también es importante reiterar que así como la suspensión puede tener su origen en una detención preventiva según lo han permitido a lo largo del tiempo los Arts. 630 del Decreto 2550 de 1988¹³; 531 de la Ley 522 de 1999¹⁴

⁹ Decreto 1211 de 1990: ARTICULO 179. Separación temporal. El tiempo que el Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares permanezca separado temporalmente, no podrá considerarse como de servicio activo para ninguno de los efectos de este Estatuto.

¹⁰ Artículo 144. Separación absoluta. Cuando el Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares sea condenado a la pena principal de prisión por la Justicia Penal Militar o por la Ordinaria, salvo el caso de condena por delitos culposos, ser separado en forma absoluta de las Fuerzas Militares y no podrá volver a pertenecer a las mismas. También ser separado en forma absoluta cuando así lo determine un Tribunal Disciplinario o de Honor.

¹¹ Artículo 111. Separación absoluta. Cuando el oficial o suboficial de las Fuerzas Militares sea condenado a la pena principal de prisión por la Justicia Penal Militar o por la ordinaria, salvo el caso de condena por delitos culposos, o cuando así lo determine un fallo disciplinario, será separado en forma absoluta de las Fuerzas Militares y no podrá volver a pertenecer a las mismas.

¹² Artículo 111. Separación absoluta. Cuando el oficial o suboficial de las Fuerzas Militares sea condenado a la pena principal de prisión por la Justicia Penal Militar o por la ordinaria, salvo el caso de condena por delitos culposos, o cuando así lo determine un fallo disciplinario, será separado en forma absoluta de las Fuerzas Militares y no podrá volver a pertenecer a las mismas.

¹³ Art. 630. Suspensión de funciones para hacer efectivo el auto de detención. Proferido el auto de detención, se solicitará a la respectiva autoridad que proceda a suspender al procesado en el ejercicio de sus funciones y atribuciones. Mientras se cumple la suspensión se adoptarán las medidas necesarias para evitar que el imputado eluda la acción de la justicia.

Si pasados cinco (5) días desde la fecha en que se solicite la suspensión, esta no se hubiere producido, se dispondrá la captura del imputado. Igualmente se procederá para hacer efectiva la sentencia condenatoria.

¹⁴ ARTÍCULO 531. SUSPENSIÓN DE FUNCIONES PARA HACER EFECTIVO EL AUTO DE DETENCIÓN. <Ley derogada por la Ley 1407 de 2010. Ver Art. 628 sobre su vigencia> Proferido el auto de detención, se solicitará a la respectiva autoridad que

(Código Penal Militar) y el Art. 359 de la Ley 600 de 2000¹⁵, cuando es el funcionario es juzgado por la jurisdicción ordinaria; también lo es que el tiempo que perdure la detención y la subsecuente suspensión de funciones, si implicado sale condenado con pena privativa de la libertad este lapso será restado del total de la condena. Es decir, que tal como se expuso con anterioridad, según lo dispone el Parágrafo del Art. 7º del Decreto 4433 del 2004, este interregno no puede ser computado como tiempo de servicio para la asignación de retiro, pues de inmediato se convierte en tiempo de condena privativa de la libertad”.

TERCERA: Juicio de legalidad de los actos administrativos demandados.

Descendiendo al caso en estudio, recordemos que el señor Eduaime Gaitán Patiño solicita se declare la nulidad de los actos administrativos por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, argumentando que cumplió con el requisito de haber laborado para la entidad por el término de 20 años, 4 meses y 9 días.

Por su parte, el Ejército Nacional señala que no es procedente ordenar el reconocimiento solicitado por el actor, puesto que, de ese periodo de 20 años, 4 meses y 9 días, debe descontarse el término de 2 años, 8 meses y 4 días que estuvo privado de la libertad, tal y como se señala en la hoja de servicios, documento indispensable para el reconocimiento de la asignación de retiro.

De acuerdo con los argumentos expuestos en la demanda y la contestación, se desprende que no se encuentra en discusión la normativa aplicable al señor Gaitán Patiño para su reconocimiento prestacional, es decir, que debe ser estudiada la procedencia del reconocimiento de la asignación de retiro conforme el mandato contenido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Ahora bien, de cara a las pruebas aportadas oportunamente al expediente, encontramos acreditado que el actor ingresó a las filas del Ejército Nacional inicialmente en la prestación del servicio militar obligatorio, desde 17 de junio de 1997 a 30 de diciembre de 1998; luego, como soldado voluntario del 1.º de julio de 1999 a 31 de octubre de 2003, y a partir del 1.º de noviembre de 2003 al 27 de abril de 2018, en calidad de soldado profesional, para un total de 20 años, 4 meses y 9 días.

Así también, se demostró que el señor Gaitán Patiño estuvo vinculado a un proceso penal por el delito de homicidio en persona protegida y estuvo privado de la libertad, en dos periodos, desde el 10 de febrero de 2010 a 15 de julio de 2011 y desde el 10 de febrero de 2017 a 30 de abril de 2018, periodos que fueron descontados por el Ejército Nacional como tiempo para cómputo de la asignación de retiro.

Que dicho proceso penal culminó con sentencia condenatoria de fecha 24 de enero de 2017, debidamente ejecutoriada el 28 de junio de 2017, por haberse inadmitido el recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia.

Asimismo, que mediante Resolución nro. 0495 de 7 de marzo de 2018 se dispuso la suspensión de funciones por parte del Ejército Nacional, acto que rigió, a partir de su expedición, es decir, que estuvo suspendido de funciones desde el 7 de marzo al 30 de abril de 2018.

proceda a suspender al procesado en el ejercicio de sus funciones y atribuciones. Mientras se cumple la suspensión, se adoptarán las medidas necesarias para evitar que el imputado eluda la acción de la justicia.

Si pasados cinco (5) días desde la fecha en que se solicite la suspensión ésta no se hubiere producido, se dispondrá la captura del imputado. Igualmente se procederá para hacer efectiva la sentencia condenatoria.

¹⁵ ARTICULO 359. DE LOS SERVIDORES PUBLICOS. <Para los delitos cometidos con posterioridad al 1o. de enero de 2005 rige la Ley 906 de 2004, con sujeción al proceso de implementación establecido en su Artículo 528> Cuando se imponga medida de aseguramiento en contra de un servidor público, en la misma providencia se solicitará a la autoridad respectiva que proceda a suspenderlo en el ejercicio del cargo. Mientras se cumple la suspensión, se adoptarán las medidas necesarias para evitar que el sindicado eluda la acción de la justicia. Si pasados cinco (5) días desde la fecha en que se solicite la suspensión, ésta no se hubiere producido, se dispondrá la captura del sindicado. Igualmente se procederá para hacer efectiva la sentencia condenatoria. No es necesario solicitar la suspensión del cargo cuando a juicio del funcionario judicial, la privación inmediata de la libertad no perturba la buena marcha de la administración.

Seguidamente, mediante orden administrativa de personal nro. 1386 de 20 de abril de 2018 el comando de personal del Ejército Nacional retira del servicio activo, entre otros, al actor, por la causal imposición de condena judicial debidamente ejecutoriada, con efectos fiscales 30 de abril de 2018.

En este contexto, la controversia suscitada radica en establecer si el periodo en el cual el señor EDUAIME GAITÁN PATIÑO estuvo privado de la libertad, debe contabilizarse como tiempo para el reconocimiento de su asignación de retiro.

Recordemos entonces, que, el parágrafo del artículo 7 del Decreto 4433 de 2004, prevé que *"El tiempo de condena privativa de la libertad personal, decretada por la Justicia Penal Militar o por la ordinaria, o de separación temporal, no se computará como tiempo de servicio"*.

Y hay que señalar, que, aunque en los periodos 10 de febrero de 2010 a 15 de julio de 2011 y 10 de febrero de 2017 a 30 de abril de 2018, se acreditó que se continuó aportando a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, ello no significa, que, dicho tiempo obligatoriamente deba contabilizarse para el reconocimiento de su asignación de retiro, tal y como ya lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Como vimos, mediante la mencionada sentencia de 11 de febrero de 2021, el Consejo de Estado reiteró que el interregno que se encuentra suspendido de funciones un militar, no es computable como tiempo de servicios para el reconocimiento de la asignación de retiro, cuando resulta condenado a pena privativa de la libertad en el proceso penal. De manera que, dicho periodo solo tendrá efectos sobre el tiempo de la condena; es decir, contabilizado como parte de la pena.

La anterior postura jurisprudencial ya había sido fijada en la sentencia de 14 de agosto de 2020, referida ut supra, en la que señaló que estaba ajustado a derecho el descuento realizado en la hoja de servicios, porque al ser condenado el uniformado a pena privativa de la libertad, tal deducción de tiempo es un mandato establecido en el parágrafo del artículo 7 del Decreto 4433 de 2004.

Como ya se señaló, el señor Eduaime Gaitán Patiño estuvo privado de la libertad en los periodos de 10 de febrero de 2010 a 15 de julio de 2011 y desde el 10 de febrero de 2017 a 30 de abril de 2018, y teniendo en cuenta que, fue condenado por la justicia penal ordinaria por el delito de homicidio en persona protegida, dicho tiempo debe contabilizarse para efectos del cumplimiento de la pena, pero no como tiempo servido para asignación de retiro.

De este modo, el descuento del tiempo que realizó el Ejército Nacional en la hoja de servicios del señor Eduaime Gaitán Patiño, resulta ajustado a derecho, pues solo aplicó la consecuencia jurídica que el legislador determinó respecto del servicio militar cuando el uniformado resulta condenado a pena privativa de la libertad, y en tal sentido, no es procedente el reconocimiento de la asignación de retiro, por cuanto, no se acredita por el interesado, el cumplimiento de los 20 años de servicios establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

En conclusión, el accionante no logró demostrar que el acto acusado estuviera viciado de nulidad, por lo tanto, se mantendrá incólume y se negarán las pretensiones de reconocimiento y pago de la asignación de retiro, declarando próspera la excepción denominada no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, propuesta por la defensa técnica de la entidad accionada, dado que se demostró que el señor Eduaime Gaitán Patiño no cumple el requisito de tiempo para tener derecho al reconocimiento de la prestación reclamada.

3. COSTAS.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del CGP.

Sentencia NREDE núm. 108 de 29 de julio de 2022
Expediente: 19-001-33-33-008-2020-00147-00
Accionante: EDUAIME GAITAN PATIÑO
Demandado: CREMIL
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Además, en los términos del artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó esta disposición normativa, la condena en costas se dispondrá cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal, lo que no ha ocurrido en el presente asunto, por lo tanto, no hay lugar a la imposición de costas.

4. DECISIÓN.

Por lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Popayán, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar probada la excepción denominada “*no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la caja de retiro de las fuerzas militares*”, propuesta por la defensa técnica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- CREMIL, por lo expuesto.

SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

TERCERO: Sin condena en costas, según lo indicado.

CUARTO: En firme esta providencia, por secretaría liquídense los gastos del proceso y archívese el expediente.

QUINTO: Se reconoce personería adjetiva para actuar en representación de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- CREMIL, a la abogada MARÍA INÉS NARVÁEZ GUERRERO, portadora de la T.P. nro. 146.948 del C. S. de la Judicatura, en los términos del poder que obra en el índice 19 del expediente digital.

SEXTO: Notificar esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 de la Ley 1437. Para efectos de notificación se tendrán en cuenta los siguientes correos electrónicos: mapaz@procuraduria.gov.co; maurodonveliz@gmail.com; notificacionesmauriciotrujillo@gmail.com; notificacionesjudiciales@cremil.gov.co; mariainesnarvaezguerrero@gmail.com; mnarvaez@cremil.gov.co;

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Jueza



ZULDERY RIVERA ANGULO

Firmado Por:
Zuldery Rivera Angulo
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
008
Popayan - Cauca

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: **644e548a4140adb1a076093bd45740ecfee199fb871fbd8e5c2308f84e038889**

Documento generado en 29/07/2022 01:53:45 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>