



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO

Ibagué- Tolima, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: **James Alberto Mejía Cruz**
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Radicación: 73001-33-33-003-2022-0082-00

ASUNTO

Procede este Juzgado a emitir sentencia anticipada, de conformidad con lo dispuesto en los literales a) y c) del numeral 1° del artículo 182 A del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dentro del presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES (Pág. 4 archivo A3. 2022-00082 DEMANDA, PODER Y ANEXOS)

- 1.1. Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 20770162 del 23 de marzo de 2022 proferido por CREMIL, a través del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro al demandante.
- 1.2. Como consecuencia de la declaración de nulidad, se ordene a la demandada que reconozca la asignación del demandante a partir del mes de junio de 2020(sic), fecha en la que se configuró el derecho, conforme al Decreto 4433 de 2004.
- 1.3. Se reconozca y paguen las mesadas dejadas de pagar, con su respectiva indexación en la asignación de retiro, desde el mes de abril de 2020 hasta el 3 de junio de 2020.
- 1.4. Ordenar que se ajuste la condena con base en el IPC y que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 189 a 192 del CPACA.
- 1.5. Que se condene en costas a la entidad demandada.

2. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN (pág. 4-7 archivo A3. 2022-00082 DEMANDA, PODER Y ANEXOS)

Como normas violadas, señala el artículo 53 de la Constitución Política, la Ley 4 de 1992, Ley 923 de 2004, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y los artículos 7 y 8 del Decreto 1793 de 2000.

Menciona el Decreto 4433 de 2004 que reglamentó la Ley 923 de 2004, el cual contempló en el artículo 16, el requisito de 20 años de servicio y 3 meses de alta para adquirir la asignación de retiro, por lo que considera que al cumplir el demandante los 20 años de servicio, el comandante del Ejército Nacional debió retirarlo de actividad militar según lo contempla el Decreto 1793 de 2004 en los

artículos 7 y 8 #5º, situación que no ocurrió en el presente caso, donde haciendo uso de su posición dominante, sometió al demandante a seguir trabajando hasta la fecha en que le llegó el acto administrativo de retiro.

Señala que el artículo 36 del Decreto 4433 de 2004 dispone la compatibilidad entre la asignación de retiro y el salario de la actividad militar, razón por la cual considera que se adeudan al demandante las mesadas de asignación de retiro desde la fecha en que cumplió con los requisitos de 20 años de servicio y 3 meses de alta.

Luego hace mención al artículo 53 de la Constitución Política de Colombia y se refiere a la favorabilidad en materia laboral, diciendo que en este caso debe verse reflejada en la aplicación del artículo 36 del Decreto 4433 de 2004 que contempla la compatibilidad entre la asignación de retiro y el sueldo proveniente de la actividad militar, derecho que debe reconocerse a los soldados profesionales que excedan el ejercicio de su función pública más allá de los 20 años.

Acusa el acto administrativo demandado de haber sido expedido con desviación de poder, debido a que se desconocieron las normas de orden legal contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, al no tomarse en cuenta los tiempos servidos por el demandante, lo que es un abuso de los poderes o facultades de los servidores públicos que tomaron la decisión de los servidores públicos, rayando en la mala fe, dejando cualquier recurso que se hubiere podido interponer contra la decisión y violentando derechos adquiridos del demandante, además de desconocer los postulados de los artículos 1 y 2 constitucionales.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

- **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL** (Archivo B1. 2022-00082 CREMIL CONTESTA DEMANDA)

La apoderada judicial de la entidad hizo oposición a las pretensiones de la demanda y puso en conocimiento que el día 23 de abril de 2020 fue remitida la hoja de servicios y el expediente administrativo del demandante, al grupo de reconocimientos y prestaciones sociales de CREMIL, reconociéndose la asignación de retiro a partir del 30 de junio de 2020, por acreditar un tiempo de servicio de 20 años, 4 meses y 28 días.

Señala que esa entidad reconoce y paga las asignaciones de retiro cuando la respectiva fuerza ha radicado la hoja de servicios del militar, tras lo cual cuenta con seis meses para reconocer o no la asignación, conforme el artículo 4º de la Ley 700 de 2001, y que, en el caso del demandante, se expidió el acto de reconocimiento con la mayor eficiencia y celeridad.

En cuanto a la compatibilidad entre sueldo en actividad y asignación de retiro, recuerda la prohibición del artículo 128 constitucional de recibir más de una asignación, mesada pensional, bonificación, salario, entre otros, que provengan del tesoro público. Luego explica que si bien el artículo 36 del Decreto 4433 de 2004 dispone la compatibilidad entre asignación de retiro y pagos en actividad militar o policial, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Radicación: 68001-23-31-000- 2011-00325-01(1638-15). Actor: Hugo Alfonso Cepeda. Demandado: Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional y Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, CASUR. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá, en decisión del 10 de octubre de 2019 y con cita de la sentencia C-432 de 2004, ha precisado, para el caso de los miembros de la Fuerza Pública, que los emolumentos a cargo del tesoro que pueden ser devengados de manera concomitante con la asignación de retiro, están

regulados y señalados taxativamente, limitados a: (i) salarios por el desempeño de otros empleos públicos posteriores al retiro, (ii) asignaciones provenientes de actividad militar o policial por movilización o llamamiento colectivo al servicio, y (iii) pensión de jubilación e invalidez provenientes de otras entidades de derecho público.

Continúa argumentando que no se han configurado vicios de nulidad del acto demandado, pues el reconocimiento de la asignación de retiro se hizo con fundamento en el régimen especial del Decreto Ley 4433 de 2004 y concluye solicitando que se resuelvan desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

4. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada y repartida a este Despacho el 29 de marzo de 2022 (A2. 2022-00082 ACTA DE REPARTO SEC. 695), siendo admitida mediante providencia del 03 de junio de 2022, disponiendo lo de ley (A6. 2022-00082 AUTO ADMITE DEMANDA).

Notificada la demanda y vencido el término para su reforma (B3. 2022-00082 CONSTANCIA SECRETARIAL VENCE TRASLADO PARA REFORMAR DEMANDA), se advirtió la posibilidad de dictar sentencia anticipada, por lo que en auto del 04 de noviembre de 2022, se otorgó a las partes la oportunidad para presentar alegatos de conclusión (B4. 2022-00082 AUTO CORRE TRASLADO PARA ALEGAR), derecho del cual hicieron uso ambos extremos de la litis, reiterando los argumentos de sus intervenciones iniciales (B5. 2022-00082 ALEGATOS PARTE DEMANDANTE y B7. 2022-00082 ALGATOS DE CREMIL).

II. CONSIDERACIONES

Al no observarse causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, el Despacho procede a decidir la controversia.

1. COMPETENCIA

Es competente este Despacho para el conocimiento del presente asunto en primera instancia, de conformidad a lo previsto en la cláusula general de competencia consagrada en el artículo 104 del C.P.A.C.A., así como lo dispuesto en los artículos 155 numeral 3º y 156 numeral 2º *ibídem*.

2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico consiste en resolver si el acto administrativo demandado fue expedido con desviación de poder como lo alega la parte actora y en caso afirmativo se resolverá si el señor James Alberto Mejía Ruiz tiene derecho a que le sea reconocida y pagada la asignación de retiro desde el mes de abril de 2020.

Para resolver tal cuestionamiento, se determinará la fecha exacta a partir de la cual debió reconocerse el pago de la asignación de retiro al demandante, y si existe compatibilidad entre el pago de la asignación de retiro pretendida y los salarios percibidos durante ese mismo lapso.

3. TESIS DE LAS PARTES

Tesis de la parte actora

Señala que el acto administrativo acusado está viciado de nulidad por desviación de poder, toda vez que desconoce los derechos adquiridos del demandante para

percibir su asignación de retiro desde el momento en que cumplió 20 años de servicio, en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Tesis de la parte demandada

Existe una prohibición constitucional para acceder a lo pretendido por el demandante (Art. 128 C.P.) al no ser posible recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, y aunque el artículo 19 de la Ley 4 de 1992 establezca una excepción para las asignaciones percibidas por el personal con asignación de retiro, debe ajustarse al artículo 36 del Decreto 4433 de 2004 que establece la compatibilidad entre asignación de retiro y los pagos en actividad militar o policial, siempre que se trate de la que se ejerce por movilización o llamamiento colectivo al servicio, o por empleos públicos posteriores o por pensión de invalidez o jubilación proveniente de otras entidades, como lo ha explicado el Consejo de Estado, situación en la que no se encuentra el demandante, dado que para el período pretendido, se encontraba activo y no se había retirado del servicio.

4. TESIS DEL DESPACHO

El demandante no demostró la desviación de poder y al contrario, el acto acusado garantiza el cumplimiento del artículo 128 de la Constitución Política que prohíbe recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, pues el salario percibido por el demandante como miembro activo del Ejército Nacional es incompatible con la asignación de retiro, que solamente puede percibirse, como su nombre lo indica, a partir del retiro del servicio militar.

5. MARCO JURÍDICO

i) Del Régimen prestacional de la Fuerza Pública aplicable al caso concreto.

La Ley 923 de 2004, a través de 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, respecto a los requisitos para el reconocimiento de la asignación de retiro, la pensión por invalidez y la pensión de sobrevivientes, dispuso:

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

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

(...)

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.

Solo en el caso de muerte simplemente en actividad se podrá exigir como requisito para acceder al derecho, un tiempo de servicio que no sea superior a un (1) año a partir de la fecha en que se termine el respectivo curso de formación y sea dado de alta en la respectiva carrera como miembro de la Fuerza Pública.

3.7. El orden de beneficiarios de las pensiones de sobrevivencia y de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez será establecido teniendo en cuenta los miembros del grupo familiar y el parentesco con el titular”.

El Presidente de la República, en uso de sus facultades y de conformidad con la Ley 923 de 2004, expidió el Decreto 4433 de 2004, que tiene como finalidad fijar el régimen pensional y de la asignación de retiro de los miembros de las Fuerza pública cuyo ámbito se establece en su artículo 1º:

“Artículo 1º. Campo de aplicación. Las disposiciones aquí contenidas se aplicarán a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares, en los términos que se señalan en el presente decreto”.

El título II del Decreto 4433 determinó los parámetros a seguir en lo que respecta a la asignación de retiro y pensión de sobrevivientes del personal de las Fuerzas Militares, disponiendo frente a la asignación de retiro para soldados profesionales:

“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 podrá ser inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes” (Destaca el Juzgado)

ii) De la incompatibilidad entre la asignación de retiro y el salario percibido en actividad por los miembros de la Fuerza Pública.

El constituyente de 1991 estableció taxativamente la prohibición de devengar más de una asignación proveniente del erario, puntualmente en el artículo 128 Constitucional, que reza:

“Artículo 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo en los casos expresamente determinados por la ley

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.”

Tal disposición constitucional fue desarrollada en la Ley 4 de 1992, cuyo artículo 19, literal b), exceptuó de dicha prohibición, las asignaciones “percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública”.

Sin embargo, ello no implicó que tal excepción fuera absoluta, debiendo ser analizada conforme las normas que rigen de manera puntual la compatibilidad de prestaciones sociales previstas en el régimen especial de dichos servidores públicos.

Así las cosas, con la expedición del Decreto 4433 de 2004, el ejecutivo fijó el régimen prestacional y de asignación de retiro de la Fuerza Pública, regulando una vez más la excepción a la prohibición de doble asignación por parte del erario, de la siguiente manera:

“Artículo 36. Compatibilidad de la asignación de retiro y pensiones. Las asignaciones de retiro y pensiones previstas en el presente decreto, son compatibles con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos, incluidos los correspondientes a la actividad militar o policial, por movilización o llamamiento colectivo al servicio y con las pensiones de jubilación e invalidez provenientes de entidades de derecho público.

Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente decreto, son incompatibles entre sí y no son reajustables por servicios prestados a entidades de derecho público, pero el interesado puede optar por la más favorable.” (Destaca el Juzgado)

En sentencia del año 2019, el Consejo de Estado¹ se pronunció sobre la interpretación y alcance que debe darse al artículo 36 del Decreto 4433 de 2004, concluyendo que:

“De lo anterior, es plausible concluir que pese a que las asignaciones de retiro están investidas de la excepción legal de incompatibilidad, aquella no resulta absoluta, pues los emolumentos a cargo del Tesoro que puede ser devengados de manera concomitante, también están regulados y señalados taxativamente, a saber:

- ***Salarios por el desempeño de otros empleos públicos posteriores al retiro***
- ***Asignaciones provenientes de actividad militar o policial por movilización o llamamiento colectivo al servicio***
- ***Pensión de jubilación e invalidez, provenientes de otras entidades de derecho público.***

Ahora, tal compatibilidad fue analizada por la Corte Constitucional en la sentencia C-432 de 2004. En aquella oportunidad la Corte sostuvo que tal compatibilidad entre pensiones de jubilación o invalidez de entidades de derecho público, implica que estas se causen con tiempos diferentes de servicio, pues «no es posible con un mismo tiempo obtener dos prestaciones que tienen idéntica causa y objeto».

Así las cosas, las situaciones en las cuales se presente la concurrencia de la asignación de retiro con cualquier otro emolumento proveniente del erario diferente a las anteriores, se encontrará dentro de la prohibición general y resultará incompatible. De manera inversa, la asignación que devengan los miembros activos de la Fuerza Pública no ha sido incluida dentro de las excepciones legales que admiten su compatibilidad con algún otro pago proveniente del erario”.

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Radicación: 68001-23-31-000-2011-00325-01(1638-15). Actor: Hugo Alfonso Cepeda. Demandado: Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional y Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, CASUR. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá, D.C. 10 de octubre de 2019.

Esa tesis sigue vigente al interior del Consejo de Estado² y fue reiterada en fallo del año 2020, al estudiar la incompatibilidad de la asignación de retiro con la pensión por invalidez que provenga de entidades castrenses, agregando que “*solo ante la ocurrencia de una de las tres causas citadas es posible avalar la compatibilidad entre la asignación de retiro con otras asignaciones provenientes del tesoro público*”

6. DE LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

HECHOS PROBADOS Y MEDIO PROBATORIO	
El 10 de febrero de 2000, el señor James Alberto Mejía Ruiz ingresó al Ejército Nacional a prestar su servicio militar obligatorio, siendo posteriormente vinculado en calidad de soldado profesional desde el 26 de septiembre de 2001 y hasta el 30 de marzo de 2020, fecha tras la cual le fueron concedidos los tres meses de alta, por tener derecho a la pensión.	Pág. 14 del archivo A3. 2022-00082 DEMANDA, PODER Y ANEXOS
Por haber completado un total de 20 años, 4 meses y 28 días de servicio, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares ordenó el reconocimiento de una asignación de retiro a su favor, lo cual está así reconocido a través de Resolución No. 6607 del 28 de mayo de 2020, con efectos fiscales a partir del 30 de junio de 2020.	Pág. 23-25 del archivo A3. 2022-00082 DEMANDA, PODER Y ANEXOS
Con petición radicada el 2 de marzo de 2022, el accionante solicitó ante CREMIL, el pago de la asignación de retiro desde el mes de enero del año 2020, aduciendo que los 20 años de servicio los cumplió en octubre de 2019 y los 3 meses de alta en el mes de enero del año 2020. También pidió que se le pague desde el 3 de octubre de 2019 hasta la fecha del retiro definitivo el día 30 de marzo de 2020.	Pág. 11-16 del archivo A3. 2022-00082 DEMANDA, PODER Y ANEXOS
En oficio No. 20770162 del 23 de marzo de 2022, CREMIL dio respuesta negativa a la reclamación administrativa, aduciendo que la baja efectiva fue el 29 de junio de 2020 y citando las normas que rigen la asignación de retiro y el trámite para su reconocimiento.	Pág. 17-19 del archivo A3. 2022-00082 DEMANDA, PODER Y ANEXOS

7. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

La causal de nulidad que se adujo contra el acto administrativo demandado, fue la de desviación de poder, vicio que se configura cuando el autor del acto persigue unos fines diferentes a los autorizados por la norma. Así lo ha explicado el Consejo de Estado³:

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Radicación: 20001-23-39-000-2016-00172-01(0909-18). Actor: Javier Enrique Rivera Jiménez. Demandado: Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional y Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, CASUR. Consejero ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. Bogotá, D.C. 08 de octubre de 2020

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Radicación: 05001-23-31-000-1999-02281-02 (4117-2014) Consejero Ponente: César Palomino Cortés. Bogotá, D.C. 19 de enero de 2017

“La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (art. 2o. de la Constitución Política y el art. 2o. del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser.

Como lo tiene establecido el Consejo de Estado, quien alega abuso o desviación de poder, debe probarlo a satisfacción; ciertamente, esta es una causal que no resulta fácil de comprobar, por tratarse de presupuestos subjetivos o personales que en ocasiones no se alcanzan a revelar.

El móvil, como ha sido definido, es el fin o el propósito que se quiere lograr con la expedición de una decisión administrativa, esto es, lo que en definitiva conlleva a la autoridad a tomar una medida en determinado sentido, pero atendiendo siempre el interés general y el mejoramiento del servicio público. De tal suerte que, cuando exista contrariedad entre el fin perseguido por la ley y el obtenido por el autor del acto, se configura esta causal de ilegalidad”.

El actor considera que la negativa de la entidad al reconocimiento y pago de la asignación de retiro con efectos fiscales desde la fecha en que cumplió 20 años de servicio, constituye una desviación de poder, como consecuencia de la actuación de los servidores públicos por fuera de los causes de sus potestades, asegurando que desconoce la protección especial que la norma le concede y le niega sus derechos adquiridos por su vínculo laboral, abusándose por parte del servidor público que lo profirió, de sus poderes o facultades; premisa que se traduce en el fundamento central para la anulación de la decisión demandada.

Acusa a la entidad demandada de un comportamiento arbitrario y que en su sentir, raya la mala fe, por desconocer la jurisprudencia de los tres órganos de cierre, que han sido reiterativas en el manejo que debe darse a los derechos adquiridos.

Volcada la mirada del Juzgado a la decisión de la administración cuya anulación se busca, se advierte que en ella, luego de exponerse el marco normativo que es aplicable a las asignaciones de retiro y al trámite para su reconocimiento, CREMIL le dice al peticionario que validó el expediente prestacional del señor Mejía Ruiz, evidenciando que mediante radicado No. 20512942 del 08 de mayo de 2020, el Ejército Nacional de Colombia allegó la hoja de servicios del demandante, informando que había sido retirado de la actividad militar por tener derecho a la pensión, evidenciándose que la baja efectiva fue el 29 de junio de 2020, por lo cual no es posible darle efectos retrospectivos al reconocimiento de la asignación de retiro y pagarla desde la fecha en que se reclama, considerando la entidad que la forma en que fue reconocida la prestación, se encuentra ajustada a derecho.

En este punto es menester recordar que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 reconoce el derecho a la asignación de retiro de los soldados profesionales con 20 años de servicio y tres meses de alta, **que se retiren o sean retirados** del servicio activo.

La parte actora reprocha que el comandante del Ejército Nacional (entidad no demandada) no lo hubiera retirado de la actividad militar al cumplir los 20 años de servicio. Sin embargo, el propio artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, dejó abierta la posibilidad de que no solo se pueda acceder a dicha prestación mediante el retiro ordenado, sino también por voluntad del personal militar que cumpla con el tiempo mínimo de servicio.

Al respecto, el Decreto 1793 que también se menciona en la demanda como norma violada, en su artículo 9 reglamentó el retiro por solicitud propia, estableciendo un término de 45 días calendario a partir de la presentación de la solicitud de retiro para que la entidad la acepte mediante orden de personal, so pena de hallarse facultado el soldado para separarse del cargo sin incurrir en inasistencia al servicio, o continuar en el desempeño de sus funciones.

De allí que sea fácil advertir que el demandante, una vez cumplido el tiempo de servicio exigido para ser acreedor de la asignación de retiro, no debía esperar que se le desvinculara del cargo por voluntad del Ejército Nacional, sino que, también tenía válidamente la posibilidad de presentar su renuncia, separándose en forma definitiva de sus funciones, si lo que quería en lugar de continuar trabajando y devengando salario, era empezar a gozar la asignación de retiro, que se equipara para el personal castrense, a la pensión de vejez del régimen general de seguridad social, como lo ha indicado el Honorable Consejo de Estado⁴.

Sin embargo, como la baja efectiva del demandante se dio solo hasta el 29 de junio de 2020, momento hasta el que se le garantizó el pago de salario en actividad, incluidos los 3 meses de alta, los efectos fiscales del reconocimiento de la asignación de retiro no podían serlo antes del 30 de junio de 2020, dada la incompatibilidad entre el salario y la asignación de retiro, cuando ambas provienen del tesoro público, pues como se vio, esta solo es compatible con *“Salarios por el desempeño de otros empleos públicos posteriores al retiro; asignaciones provenientes de actividad militar o policial por movilización o llamamiento colectivo al servicio, y Pensión de jubilación e invalidez, provenientes de otras entidades de derecho público”*

En cuanto a la actividad militar o policial a la que como excepción se refiere el artículo 36 del Decreto 4433 de 2004, para el Juzgado es claro que se trata de aquella por movilización o llamamiento colectivo al servicio regulada en el artículo 59 y siguientes del Decreto 1861 de 2017 *“Por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización”*, más no al desempeño regular de la actividad castrense por la vinculación voluntaria en la que se cumple el tiempo de servicio para ser beneficiario de la asignación de retiro.

Así las cosas, al estudiar la voluntad de la administración plasmada en el acto administrativo demandado, lejos de constituir una desviación de poder y de ser el resultado de un actuar de mala fe, corresponde al acatamiento del artículo 128 de la Constitución Política que prohíbe como regla general, recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, pues el salario percibido en actividad por el demandante, es a no dudarlo, incompatible con la asignación de retiro, que solamente puede percibirse, como su nombre lo indica, a partir del retiro del servicio militar o policial, según el caso, para cubrir la contingencia de la seguridad social, derivada precisamente de esa situación.

8. CONCLUSIÓN JURÍDICA

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y jurídicas, el Despacho concluye que no fue desvirtuada la presunción de legalidad del oficio No. 20770162 del 23 de marzo de 2022, por cuanto no se logró demostrar que la negativa de la entidad a reconocer la asignación de retiro del actor con efectos fiscales anteriores a la baja efectiva, estuviera viciada de nulidad por desviación de poder, por lo que deberán denegarse las pretensiones de la demanda.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Radicación: 68001-23-31-000-2011-00325-01(1638-15). Actor: Hugo Alfonso Cepeda. Demandado: Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional y Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, CASUR. Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá, D.C. 10 de octubre de 2019, en la que se indicó:

9. CONDENA EN COSTAS

Al resultar denegatorias las pretensiones de la demanda y al no tratarse de un asunto en el que se ventile un interés público, es menester proveer sobre la correspondiente condena en costas a favor de la parte accionada, conforme lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y en artículo 361 del Código General del Proceso.

Tal condena se dispondrá ateniendo el criterio objetivo valorativo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia calendada el 26 de julio de 2018⁵, verificando en consecuencia que la entidad demandada desplegó actividades en pro de su defensa con la contestación de la demanda y la presentación de los alegatos de conclusión, razón por la cual, atendiendo la cuantía del asunto, se fijará la suma de SESENTA Y SEIS MIL PESOS (\$66.000) por concepto de agencias en derecho a favor de la entidad demandada, y se ordenará que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación de los gastos procesales en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Ibagué Tolima**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda promovida por James Alberto Mejía Cruz contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandante. Conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se fija la suma de SESENTA Y SEIS MIL PESOS (\$66.000) por concepto de agencias en derecho a favor de la entidad demandada, y se ordena que por Secretaría se realice la correspondiente liquidación en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

TERCERO: Ejecutoriada la presente sentencia, archívese el expediente, previa las anotaciones de rigor

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIANA CAROLINA MÉNDEZ BERNAL
Jueza

Firmado Por:

Diana Carolina Mendez Bernal

Juez Circuito

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, William Hernández Gómez, radicación No. 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).

Juzgado Administrativo

Oral 3

Ibague - Tolima

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: **514d8979680e2880086eaa4e46aa97ed1f1bf5cd9e22a84d2a9af05e7a8d9bbf**

Documento generado en 10/04/2023 07:35:34 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>