



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, primero de septiembre de dos mil veinte (2020)

RADICADO N°: 73001-33-33-004-**2018-00294-00**
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: NELSON CAICEDO GARCÉS
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL”.
Tema: Reconocimiento de asignación de retiro.

Evacuada la etapa probatoria en el presente asunto y habiéndose prescindido de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, conforme a lo establecido en el inciso final del artículo 181 del Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede el Despacho a dictar el fallo que en derecho corresponde, no observándose nulidad alguna que invalide lo actuado dentro del presente medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **NELSON CAICEDO GARCÉS** en contra de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL”**, identificado con el Rad. 73001-33-33-004-**2018-00294-00**.

1. Pretensiones

En audiencia inicial realizada el pasado 5 de noviembre de 2019, se estableció que la parte demandante, a través de apoderado, solicitó las siguientes declaraciones y condenas¹:

Pretende la parte actora² que se declare la nulidad de la **Resolución No. 14595 del 8 de junio de 2018**, proferido por la parte demandada y como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, peticiona el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, a partir del 6 de junio de 2017, fecha en la cual se verificó la novedad fiscal con la cual se efectivizó su retiro.

2. Fundamentos Fácticos

Como supuestos fácticos se señalaron principalmente al interior de la audiencia inicial³:

1. Que el actor ingresó al Ejército Nacional a prestar servicio militar el 28 de diciembre de 1997 y el 1° de marzo de 1999 a la Escuela de Formación de Suboficiales de la misma entidad.
2. Que mediante resolución No. 0123 del 5 de julio de 2017, el actor fue retirado del Ejército Nacional, completando un total de 18 años, 11 meses y 5 días de servicio.

¹ Fol. 55 y ss

² Fol. 56 rev

³ Fol. 57

3. Que el actor solicitó a la parte demandada el reconocimiento de su asignación de retiro, lo cual fue denegado a través del acto que aquí se demanda.

3. Contestación de la Demanda

3.1. Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL" (Fls. 29 y s.s.)

Manifestó que se opone a los hechos, a las pretensiones, al restablecimiento del derecho y a la condena en costas y agencias en derecho.

Que el demandante fue retirado de la institución con la causal de SEPARACIÓN ABSOLUTA con un tiempo de servicio de 18 años, 7 meses y 8 días, hecho que se dio bajo la vigencia del artículo 1 del Decreto 0991 de 2015, lo que impidió a la entidad reconocer la asignación de retiro a su favor.

Propuso como excepciones las que denominó, *INEPTA DEMANDA, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES y NO CONFIGURACIÓN DE LA CAUSAL DE NULIDAD.*

4. Actuación Procesal.

Presentado el proceso ante la Oficina Judicial el día 7 de septiembre de 2018 (fol. 20), correspondió por reparto a éste Juzgado, quien mediante auto de fecha 8 de octubre de 2018 ordenó la admisión de la demanda (Fols. 21 y ss).

Notificadas las partes, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Fols. 23 y ss) dentro del término de traslado de la demanda, la Entidad demandada –CREMIL- contestó la demanda. (Fols. 29 y ss).

Luego, mediante providencia del 16 de julio de 2019 se fijó fecha para adelantar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. (fol. 54), la cual se llevó a cabo el 5 de noviembre de 2019, agotándose en ella la totalidad de sus instancias en legal forma (fol. 55 y ss), en donde se requirió a la entidad demandada para que allegara el expediente administrativo del demandante, que luego de allegado mediante auto del 17 de enero de 2020, se corrió traslado de la misma a las partes (Fol. 87).

Mediante auto del 28 de enero de 2020 (Fol. 88), se cerró la etapa probatoria, se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión por escrito, término durante el cual las partes se pronunciaron.

5. Alegatos de las Partes

5.1. PARTE DEMANDANTE (Fols. 89 y ss)

Reitera los argumentos de la demanda, destaca los hechos probados dentro del presente medio de control y solicita que se acceda a las pretensiones teniendo en cuenta que para la época en que se presentó la situación administrativa se encontraba vigente el Decreto 1211 de 1990.

5.2. PARTE DEMANDADA-CREMIL (Fols. 96 y ss)

El apoderado judicial de la entidad demandada reitera los argumentos de la contestación de la demanda, recalcando que CREMIL ha actuado de acuerdo a la normatividad vigente para la fecha de retiro del militar, de tal suerte que sus actuaciones se han ajustado a derecho.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este Juzgado es competente para conocer y fallar el presente medio de control, por su naturaleza, por tratarse de una controversia laboral de un ex empleado público, y por el órgano que profirió el acto administrativo que se demanda, de acuerdo todo ello con lo previsto en los artículos 104, 138, 155 numeral 2º y 156 numeral 3º de la Ley 1437 de 2011.

2. Problema Jurídico

Se deberá establecer si el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de su asignación de retiro, al amparo de lo establecido en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, o si por el contrario, el acto administrativo demandado se encuentra conforme a derecho.

3. Acto Administrativo Demandado

Se trata del contenido en la **Resolución N°. 14595 del 8 de junio de 2018**, por la cual se niega el reconocimiento y pago de la Asignación de Retiro al señor Sargento Viceprimero ® del Ejército NELSON CAICEDO GARCÉS, proferido por CREMIL (Fols. 2 y 3).

4. Fondo del Asunto.

Para dilucidar el problema jurídico planteado, primero debemos remitirnos al régimen especial de retiro de la Fuerza Pública, el cual ha sido desarrollado en virtud de lo consagrado en el artículo 217 de la Constitución Política de Colombia.

Es así como el Presidente de la República de Colombia en uso de las facultades extraordinarias que le confería la Ley 66 de 1989, sancionó el Decreto 1211 de 1990, por medio del cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

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, que en sus artículos 1 y 2 señala lo siguiente:

***"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". (Destaca el Despacho).

Continúa señalando los parámetros que debe tener el Gobierno Nacional para la fijación del régimen en cuestión.

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

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

A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.

Excepcionalmente, para quienes hayan acumulado un tiempo de servicio en la Fuerza Pública por 20 años o más y no hayan causado el derecho de asignación de retiro, podrán acceder a esta con el requisito adicional de edad, es decir, 50 años para las mujeres y 55 años para los hombres.

En todo caso, los miembros de la Fuerza Pública que se retiren o sean retirados del servicio activo sin derecho a asignación de retiro o pensión, tendrán derecho al reconocimiento del bono pensional por el total del tiempo servido, de conformidad con las normas del Sistema General de Pensiones.

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

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

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

(...)

3.9. Un régimen de transición que reconozca las expectativas legítimas de quienes se encuentren próximos a acceder al derecho de pensión y/o asignación de retiro.

En todo caso el régimen de transición mantendrá como mínimo los tiempos de servicio exigidos en la presente ley para acceder al derecho de asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Fuerza Pública que se encuentren en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley." (...) (Destaca el Despacho).

En virtud a lo anterior, considera el Despacho que el ejecutivo al momento de expedir la norma citada debió respetar el tiempo de servicios exigido para acceder a la asignación de retiro consagrado en las normas anteriores, pues no podía cambiar las condiciones de ellas para quienes se encontraban en servicio activo. Por ello es menester analizar, cuál era la norma anterior.

Al efecto entonces encontramos que el ejecutivo expidió el Decreto - Ley 1790 DE 2000, "por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares", que en su artículo 111 reguló la separación absoluta del servicio en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 111. SEPARACION 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".

El artículo 114 de dicho decreto a su turno explicitó:

"ARTÍCULO 114. PRESTACIONES EN CASO DE SEPARACION. Los oficiales y suboficiales separados en forma temporal o absoluta bajo la vigencia del presente Decreto, tendrán derecho, tanto ellos como sus beneficiarios, a las prestaciones sociales que se determinan en el capítulo III, título V del Decreto 1211 de 1990".

Examinado entonces el Decreto 1211 de 1990 encontramos lo siguiente:

"TITULO V.

DE LAS PRESTACIONES EN ACTIVIDAD, EN RETIRO, POR SEPARACION, POR INCAPACIDAD E INVALIDEZ, POR MUERTE, POR DESAPARICION Y CAUTIVERIO.

(...)

CAPITULO III.

PRESTACIONES POR SEPARACION.

ARTÍCULO 178. SEPARACION ABSOLUTA. *El Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares que durante la vigencia del presente Decreto sea separado del servicio en forma absoluta, tendrá derecho a las prestaciones sociales a que haya lugar en razón de sus servicios, dentro de las condiciones previstas en este Estatuto, pero no tendrá derecho a ser dado de alta por tres (3) meses para la formación del respectivo expediente de prestaciones sociales". (Destaca el Despacho)*

Por tanto, en virtud de lo anterior debemos remitirnos a lo establecido en el mismo decreto **Decreto 1211 del 8 de junio de 1990**, especialmente lo consagrado en su artículo 163, el cual establece:

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

Con posterioridad a la expedición de la Ley 923 de 2004, el Presidente de la República, en desarrollo de lo dispuesto por la referida, expidió 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, en él claramente quedó determinado que su campo de aplicación sería el siguiente:

“ARTICULO 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.”

Igualmente, el artículo 14 ibidem al regular el tema de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, consagró:

“ARTICULO 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.

PARAGRAFO 1o. *Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieren 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.

PARAGRAFO 2o. *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." (Destaca el Despacho)*

Es importante resaltar, que de la comparación de las normas transcritas anteriormente, se llega a la conclusión que el Decreto 4433 de 2004 no atendió en su integridad los parámetros fijados por el legislador en la Ley 923 de 2004, 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 sus artículos, 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 Ejecutivo.

Se resalta, que 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 marco⁴.

Indicó el Consejo de Estado:

"3.4. Con respecto a la nulidad del artículo 14 del Decreto 4433 de 2004 por violación de la norma que le sirve de fundamento, observa la Sección que las mismas razones por las cuales fue declarada la nulidad del artículo 24 de este Decreto, primero de manera parcial en la sentencia de 28 de febrero de 2013 N° interno 1238-2007 y que habrá de declararse de conformidad con lo expuesto en esta sentencia al analizar el resto de ese artículo, también se declarará la del artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, en su integridad, pues su texto y las razones en que se apoyó la declaración de nulidad del artículo 24 es idéntico al contenido de este, pero con variación únicamente de los destinatarios de la norma en cuestión, como quiera que en el artículo 24 son los Oficiales Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en actividad y en el artículo 14 los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad⁵."

Posteriormente se expide el **Decreto 0991 del 15 de mayo de 2015**, por el cual se fija el régimen de asignación de retiro a un personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, el cual estipula lo siguiente:

"CONSIDERANDOS:

"(...) Que de conformidad con lo dispuesto por el honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en providencia de fecha 23 de octubre de 2014, al personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que se encontraban en servicio activo al momento de la vigencia de la Ley 923 de 2004, no se les puede exigir como requisito para el reconocimiento de la asignación de retiro, un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes para ese entonces, esto es el Decreto-ley 1211 de 1990;

Que la asignación de retiro a que se refiere el presente decreto, se liquidarán, según corresponda en cada caso, con sujeción a las partidas establecidas en el artículo 13 del Decreto número 4433 de 2004,

DECRETA:

Artículo 1°.Asignación de Retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. Fíjese el régimen de asignación mensual de retiro para el personal de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, escalafonados con anterioridad al 31 de diciembre de 2004, los cuales tendrán derecho cuando sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional según el caso, 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, según

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda. Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Sentencia del 23 de octubre de 2014. Radicación: 11001-03-25-000-2007-00077-01. Expediente No. 1551-2007. Actor: JOSE LUIS TENORIO ROSAS.

corresponda, 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 13 del Decreto número 4433 de 2004, por los quince (15) primeros años de servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto, incrementando en un dos por ciento (2%) por cada año adicional después de los veinticuatro (24) años de servicio, sin que el total sobrepase el noventa y cinco (95%) de las partidas computables. (...)"

La norma anterior fue la que precisamente se utilizó como fundamento en el acto administrativo enjuiciado – **Resolución No. 14595 del 8 de junio de 2018**, para negar al demandante la solicitud de reconocimiento y pago de la asignación de retiro a la cual dice tener derecho.

En este punto, es importante resaltar que los derechos del personal en actividad, se encontraban garantizados de forma clara por la Ley 923 de 2004 en los apartes ya transcritos e interpretados en la presente providencia, por lo que evidentemente la interpretación y aplicación que los operadores jurídicos hicieran de cualquier otra norma expedida posterior a esta, se encontraba limitada y determinada por dichos derechos.

Así las cosas, se concluye 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.

5. De lo probado en el proceso

Detallado lo anterior, procede el Despacho a establecer lo probado en el proceso:

- El demandante, señor NELSON CAICEDO GARCÉS, ingresó al Ejército Nacional en calidad de soldado regular el **25 de julio de 1998**.
- Que en cumplimiento de una orden judicial fue suspendido del servicio por un lapso de 7 meses, desde el 22 de diciembre de 2011 y hasta el 18 de julio de 2012.
- Que mediante Resolución No. 1237 del **5 de julio de 2017**, suscrita por el Comandante de las Fuerzas Militares, se separó en forma absoluta al Sargento Viceprimero Nelson Caicedo Garcés. (Fol. 15 cuaderno pruebas parte demandada).
- Que según la hoja de servicios No. 3-94441047, el Sargento Viceprimero Nelson Caicedo Garcés, cumplió un tiempo de servicios de **18 años, 7 meses y 8 días**. (Fol. 6 cuaderno pruebas parte demandada).

Pese a lo anterior, la entidad demandada, mediante Resolución No. 14595 del 8 de junio de 2018, resuelve negarle la solicitud de reconocimiento de la asignación, aplicando para tal efecto el artículo 1° del Decreto 0991 del 15 de mayo de 2015.

Visto lo anterior, 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.

Ahora, si bien la Resolución demandada se fundamentó en el artículo 1° del Decreto 0991 de 2015 (normativa vigente al momento del retiro ocurrido el 5 de julio de 2017 y que reglamentó la Ley 923 de 2004) para negar el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante, lo cierto es, que esta norma no se debió aplicar en el presente caso, teniendo en cuenta que el señor Caicedo Garcés se encuentra favorecido con el régimen de transición que dispuso la Ley 923 de 2004.

La consecuencia lógica del anterior raciocinio es que se aplique para el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante la Ley 923 de 2004, y así lo ha señalado la Jurisprudencia contencioso administrativa en asuntos similares, donde el **retiro del servicio se dio por separación absoluta, en virtud de una sentencia penal**, veamos lo que dijo el H. Consejo de Estado en una providencia donde la negación fue en virtud del art. 14 del Decreto 4433 de 2004:

*“(…) Sin embargo, también es importante tener en cuenta, con sustracción de la sentencia de nulidad del artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, **que la ley cuadro en virtud de la cual fuere expedido el mencionado acto general, previó de manera inequívoca que la normativa que debiera expedir el ejecutivo sobre el particular de la asignación de retiro, no podría contener requisitos para los miembros de la fuerza pública en servicio activo mayores en cuanto a tiempo de servicio, a los previstos en las normas anteriores; y así mismo disponer de un régimen de transición que respetara las expectativas legítimas de quienes se encuentren próximos a la consolidación del estatus pensional.***

Es evidente, que el Decreto 4433 de 2004, expedido en desarrollo de la Ley 923 de 2004, contempló para percibir una asignación de retiro un tiempo de 18 años, mayor al que se encontraba previsto en el Decreto 1211 de 1990, que era de 15 años. De este modo, se desconoció el marco general dispuesto por el legislador, cuando estableció los parámetros que debía observar el ejecutivo al momento de expedir la regulación pertinente para el goce de la asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública que se encontraban vinculados.

Debe afirmarse también, que ese marco general no impidió que se hicieran más rígidos los requisitos para optar por la asignación de retiro, en cuanto a tiempo de servicio se refiere, pero lo que sí hizo, fue prohibir que para quienes se encontraran en servicio activo al momento de su entrada en vigencia, se les exigieran mayor tiempo del contemplado en el régimen anterior.

La anterior interpretación, es la que resulta apropiada de acuerdo con la naturaleza de la materia en estudio, pues además de ser evidente que el gobierno no dispuso el régimen de transición en el Decreto 4433 de 2004, que obedece a la necesidad de regular situaciones en consolidación pero que no se hallan perfeccionado, simplemente contempló en dicha normativa el reconocimiento de la existencia jurídica de un derecho que se consolidó por reunir los requisitos en su vigencia, al margen que materialmente el beneficiario no lo hubiere recibido aún; lo cual no satisfizo la intención del legislador, pues de serlo así, no se requiriera de transito normativo, ya que sería suficiente la aplicación de la ley en el tiempo.

*Pues bien, concluye la Sala que para respetar la expectativa de quienes se encontraban próximos al alcanzar la asignación de retiro, el legislador dispuso un marco general con destino a la fuerza pública, **que estableció que quienes se encontraren en servicio activo al momento en que éste cobró vigencia, no se les podía exigir tiempo de servicio mayor al previsto en el régimen anterior**⁶ (...)” (Resalta el Despacho).*

En otro caso similar la Sección Segunda de la misma corporación señaló:

*“(…) (sic) En esa medida, para el reconocimiento de la asignación de retiro le es aplicable la transición señalada en el artículo 3º, ordinal 3.1º 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 2010”⁷ (Negrillas de la Sala).*

En ese sentido, a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 (30 de diciembre de 2004) el demandante se encontraba **en servicio activo en el Ejército Nacional** y por tanto **no se podía exigir un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones anteriores.**

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

⁶ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso – Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 08 de septiembre de 2017. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Actor: Wilson Javier Chaparro Ladino Demandada: Caja De Retiro De Las Fuerzas Militares. Trámite: Nulidad y Restablecimiento del Derecho (Ley 1437 de 2011) .Asunto: Reconocimiento Asignación de Retiro – transición Ley 923 de 2004 para personal activo.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso – Administrativo. 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).Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho .Demandante: Marino Humberto Miranda Melo. Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

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 su reconocimiento, requisito que cumple toda vez que según la hoja de servicios al momento de su retiro del servicio contaba con un tiempo de servicio de 18 años, 7 meses y 8 días.

Así las cosas, es claro, conforme lo consagra la Ley 923 de 2004, en concordancia con el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, que el actor posee el derecho a ser acreedor de la Asignación de Retiro en los términos y cuantía determinados en esta norma porque su derecho se encuentra garantizado por la Ley 923 de 2004, por consiguiente no podía en ningún caso, exigírsele un tiempo de servicios superior a los 15 años, razón por la cual, el acto administrativo demandado incurrió en la causal de nulidad de 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.

Prosperando la nulidad solicitada, es menester estudiar el restablecimiento del derecho.

Con fundamento en lo ya expuesto, se declarará que la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL debe reconocer y pagar al aquí demandante, una asignación de retiro, con efectos fiscales a partir de la fecha de su retiro, y no de los tres meses de alta, en virtud de lo establecido en el artículo 178 del Decreto 1211 de 1990. La prestación será liquidada con fundamento en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, es decir, tiene derecho a una asignación equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de la misma norma, para el caso concreto, acorde con la hoja de servicios (fol. 6 del cuaderno de pruebas parte demandada), el sueldo básico, la prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto, el subsidio familiar, la prima de antigüedad y la duodécima parte de la prima de Navidad, por los 15 primeros años de servicio y un cuatro por ciento 4% más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto.

Conforme a lo indicado por el H. Tribunal Administrativo del Tolima⁸, también ha de considerarse que al tenor de los lineamientos de nuestro máximo órgano de cierre, es necesario señalar que sobre las sumas reconocidas, se deben realizar los correspondientes descuentos de ley en materia de salud y demás.

Las diferencias resultantes, serán objeto de la indexación con aplicación de la siguiente fórmula, en los términos del artículo 187 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:

⁸ Sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima, Mag. ponente: Dr. Belisario Beltrán Bastidas, diecinueve (19) de septiembre del dos mil diecinueve (2019), Expediente: 73001-33-33-004-2016-00313-01

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

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada prestacional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Igualmente los intereses serán reconocidos en la forma prevista en el artículo 192 del mismo estatuto.

PRESCRIPCIÓN

En relación con la prescripción de las sumas reconocidas, se encuentra debidamente acreditado dentro del expediente:

1. Que mediante Resolución No. 01237 del **5 de julio de 2017**, el señor Nelson Caicedo Garcés fue retirado del servicio activo del Ejército Nacional.
2. Que mediante derecho de petición radicado en la entidad demandada el **14 de agosto de 2017**, el demandante solicitó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.
3. Que mediante **Resolución No. 14595 del 8 de junio de 2018**, la entidad demandada resolvió el derecho de petición, negando lo solicitado por el demandante.
4. Que la demanda fue presentada el día **7 de septiembre de 2018**.

El término prescriptivo en el presente caso será el establecido en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, contados desde que la respectiva obligación se hizo exigible y el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por la entidad demandada, interrumpe la prescripción por un lapso igual.

Así las cosas, remitiéndonos a lo acontecido en el *sub judice*, se tiene que el demandante fue retirado de la institución el 5 de julio de 2017 y el demandante presentó solicitud de reconocimiento y pago de la asignación de retiro el día **14 de agosto de 2017**, interrumpiendo así la prescripción cuatrienal de derechos y como la demanda fue presentada el día **7 de septiembre de 2018**, se tiene que en el presente asunto no hay lugar a declarar la prescripción de suma alguna.

COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de

Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

A su turno, el artículo 365 del C.G.P., fija las reglas para la condena en costas, señalando en su núm. 1º que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

Así las cosas, se condenará en costas procesales de primera instancia a la parte demandada, incluyendo en la liquidación el valor de \$366.000.00 por concepto de agencias en derecho, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del Agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo distinguido como **Resolución No. 14595 del 8 de junio de 2018**, proferida por el Director de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL-, mediante la cual se negó al señor NELSON CAICEDO GARCÉS el reconocimiento y pago de asignación de retiro, por las razones anotadas en precedencia.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, que reconozca, liquide y pague a favor del señor NELSON CAICEDO GARCÉS la asignación de retiro a la que tiene derecho, en la cuantía que resulte de la liquidación ordenada en esta sentencia, con efectos fiscales a partir del día siguiente a aquel en que se decretó la separación absoluta de las Fuerzas Militares, esto es a partir del 06 de julio de 2017.

TERCERO: Las sumas causadas deberán actualizarse de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C.P.A.C.A. y sobre ellas deberán reconocerse intereses en la forma prevista en el artículo 192 del mismo estatuto. De igual manera, sobre las diferencias liquidadas deberán efectuarse los descuentos legales en materia de salud y demás que sean procedentes.

CUARTO: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandada y a favor del demandante incluyendo en la liquidación el valor de \$366.000.00 por concepto de agencias en derecho, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del Agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura. Por Secretaría liquídense.

QUINTO: ORDÉNASE la devolución de los remanentes que por gastos del proceso consignó la parte demandante, si los hubiere.

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2018-00294-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: NELSON CAICEDO GARCÉS
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"
Sentencia de Primera Instancia

SEXTO: De no ser apelada esta providencia, se ordena el archivo definitivo del expediente, previo las anotaciones del caso y la comunicación de la presente a la entidad demandada para su ejecución y cumplimiento.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO
Jueza