



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, nueve (9) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado	73001-33-33-006-2022-00242-00
Medio de control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	JOSÉ FELICIANO SÁNCHEZ SOSA
Demandado:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL
Asunto:	SENTENCIA- INCOMPATIBILIDAD DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO Y LOS HABERES RECIBIDOS POR LOS TRES MESES DE ALTA-SOLDADO PROFESIONAL

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en los artículos 182 A y 187 del C.P.A.C.A. adicionado por la Ley 2080 de 2021, se procede a dictar sentencia anticipada en el proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió el señor **José Feliciano Sánchez Sosa** contra la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL**.

1. PRETENSIONES

- 1.1. Que se declare la nulidad del acto administrativo oficio No. 2022043223 del 10 de junio del 2022, proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares “CREMIL” por medio del cual se negó el reajuste de la asignación de retiro a favor del demandante.
- 1.2. Que, como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a la demandada reconocer la asignación de retiro a favor del demandante a partir del mes de octubre del 2019, conforme lo dispone el Decreto 4433 de 2004, artículo 16.
- 1.3. Que también se ordene el reconocimiento y pago de las mesadas dejadas de cancelar con su respetiva indexación en la asignación de retiro, desde el mes de octubre de 2019 hasta el mes de febrero de 2020, a favor del demandante.
- 1.4. Que la liquidación de las anteriores condenas se efectúe mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia, debiendo ajustarse con base en el índice de precios al consumidor I. P. C. Certificado por el DANE.
- 1.5. Que la entidad demandada dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 189 a 192 de la ley 1437 del 2011 y demás normas concordantes para su cumplimiento en los términos legales.
- 1.6. Que se condene en costas a la entidad demandada, incluidas las agencias en derecho, de acuerdo con lo establecido en el artículo 188 de la ley

1437/2011 y en la sentencia C-539 de 28 de julio de 1999 de la Corte Constitucional.

2. HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de la parte accionante expuso los siguientes hechos:

2.1. Que el demandante ingresó al Ejército Nacional a prestar su servicio militar obligatorio en calidad de soldado regular el día 14 de noviembre de 1997 y, posterior a ello, en calidad de soldado profesional, hasta el día 30 de septiembre de 2019.

2.2. Que el demandante cumplió un tiempo total de servicio de 20 años, 05 meses y 29 días de servicio activo en la Ejército Nacional.

2.3. Que CREMIL le reconoció al demandante la asignación de retiro mediante Resolución No. 1388 del 25 de febrero de 2020, desde el 30 de diciembre de 2019.

2.4. Que el demandante cumplió veinte (20) años de servicio en el mes de julio de año 2019 y los tres meses de alta en el mes de octubre de 2019.

2.5. Que el comandante del Ejército Nacional no retiró al demandante cuando cumplió los 20 años de servicio, aprovechándose de su posición dominante.

2.6. Que se presentó petición a la entidad demanda, solicitando el reconocimiento de la asignación de retiro desde la fecha que se configuró el derecho.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA¹

Solicitó que se denieguen las pretensiones de la demanda por considerar que no se configuró ningún vicio de nulidad contra el acto administrativo demandado, como quiera que estuvo basado en las normas vigentes al momento de los hechos.

Para justificar su solicitud y alegaciones, expuso que al demandante se le reconoció la asignación de retiro por haber acreditado un tiempo de 20 años, 5 meses y 20 días de servicio, a partir del 31 de diciembre de 2019, pues no podía reconocérsele desde antes, ya que existe una incompatibilidad entre el sueldo en actividad y la asignación de retiro, conforme lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución Política y el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, y, en consecuencia, debido a que aquel, antes del 31 de diciembre de 2019, no ostentaba la calidad de retirado, no era beneficiario de la prestación.

Agregó que la parte actora se equivoca entonces al pretender el pago de mesadas de la asignación de retiro cuando la misma no estaba reconocida para entonces, y cuando estaba recibiendo el pago del sueldo por encontrarse aún vinculado al Ejército Nacional, manifestando así, que al demandante le fueron pagados los tres meses de alta a partir del 30 de septiembre de 2019 al 31 de diciembre de 2019, fecha en que ingresó a la nómina de la Caja de Retiros de las Fuerzas Militares.

Propuso como excepción de mérito la denominada la denominada “*DE LA NO CONFIGURACIÓN DE VICIOS DE NULIDAD*”.

¹ Índice 00015 expediente electrónico SAMAI

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 Demandante²

En sus alegaciones finales, el apoderado de la parte actora reiteró los argumentos esbozados en la demanda, solicitando en consecuencia que se acceda a las pretensiones, y agregó puntualmente que al señor José Feliciano Sánchez Sosa se le dejó de reconocer el pago de la asignación de retiro por un total de 2 meses y 29 días.

4.2 Demandada³

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y, además, expuso que el retiro de los soldados profesionales se decreta mediante un acto administrativo, denominado orden administrativa de personal, el cual es proferido por el Ejército Nacional, previa proyección de la sección de soldados profesionales y el Comando de Personal del Ejército.

Que una vez se produce ese retiro, el comando envía la hoja de servicios a la Dirección de Prestaciones Sociales del Ejército para el inicio del trámite de reconocimiento de cesantías definitivas y, si el militar tiene derecho a la asignación de retiro, la dirección traslada copia de la hoja de vida a CREMIL, para que, una vez recibida, dé inicio al trámite de reconocimiento de la asignación.

Igualmente, indicó que el sueldo pagado en actividad y la asignación de retiro son excluyentes porque se requiere obligatoriamente que el funcionario cese la actividad militar para que le sea reconocida la asignación de retiro y no existe ninguna disposición que consagre la posibilidad que una persona ostente al mismo tiempo la calidad de retirado y en servicio activo, pudiendo beneficiarse de dobles emolumentos a cargo del tesoro público.

Por las anteriores razones solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5. PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Al Despacho le corresponde determinar si: ¿el acto administrativo demandando, oficio 2022043223 de 10 de junio de 2022, está viciado por desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió e infracción de las normas en que debería fundarse?, y, en consecuencia, sí ¿debe ordenarse a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL que reconozca al demandante la asignación de retiro en calidad de soldado profesional retirado, a partir del mes de octubre de 2019, fecha en la que este considera que se configuró el derecho a la prestación de acuerdo con el Decreto 4433 de 2004, artículo 16, y, por lo tanto, que le pague las mesadas dejadas de cancelar con su respectiva indexación desde esa fecha y hasta el mes de febrero de 2020?

² Índice 00025 expediente electrónico SAMAI

³ Índice 00027 expediente electrónico SAMAI

6. TESIS QUE RESUELVEN EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

6.1 Tesis de la parte accionante

Considera que hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, y en resultado ordenar el reconocimiento y pago de la asignación de retiro desde que se cumplieron los tres meses siguientes a la fecha en que cumplió 20 años de servicio, incluso si para ese momento no se había retirado, pues el mismo se produjo meses después porque el Ejército Nacional se aprovechó de su posición dominante y, debido a que la asignación de retiro está exenta de la prohibición de recibimiento de doble asignación provenientes del erario, era compatible recibir la prestación reclamada junto al salario correspondiente al servicio activo como soldado profesional.

6.2 Tesis parte accionada

Considera que deben negarse las pretensiones de la demanda, como quiera que no es jurídicamente posible pagar el salario y además la asignación de retiro reclamada, como quiera que en virtud de la normativa constitucional y legal ello no es jurídicamente viable, pues no se pueden recibir 2 asignaciones del erario.

6.3 Tesis del despacho

Deben denegarse las pretensiones de la demanda, pues no se acreditó la configuración de los vicios de nulidad sobre el acto administrativo como lo alegó la parte demandante, ya que no se arrimaron pruebas que evidencien una desviación de poder y se advirtió que el acto demandado fue proferido con respeto al artículo 128 constitucional y obediencia a lo contemplado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, como quiera que en el caso del actor no se había dado el presupuesto fáctico para que procediera el reconocimiento y pago de la asignación de retiro en la fecha pretendida por este, pues para ese momento todavía devengaba el monto equivalente al salario por desempeño como soldado profesional ya que no se habían cumplido los tres meses de alta luego del retiro del servicio que tuvo lugar el 30 de septiembre de 2019, y, consecuentemente, en su caso sí aplicaba la prohibición de doble erogación por parte del tesoro público.

Además, se encontró que las mesadas por asignación de retiro causadas desde el 31 de diciembre de 2019, fecha en que se le reconoció la prestación, y hasta el 29 de febrero de 2020, no se encuentran pendientes por reconocimiento y pago.

7. MARCO JURÍDICO

7.1. De la asignación de retiro para los miembros de la fuerza pública (soldados profesionales) y la incompatibilidad de ese tipo de prestación con el salario por desempeño en servicio activo

En la Ley 923 de 2004 se estableció que el Gobierno Nacional fijará el régimen de la asignación de retiro, la pensión de invalidez y sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, para los miembros de la Fuerza Pública.

En el artículo 3 de la mentada ley, se establecieron unos mínimos que deben tenerse en cuenta para adquirir el derecho a la asignación de retiro, como el tener un mínimo de 18 años de servicio y no exigir como requisito un tiempo superior a 25 años de servicio.

En atención a tal ley, se expidió el Decreto 4433 de 2004, *“por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”*, norma que en el artículo 16 estableció que **los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con 20 años de servicio, tienen derecho a partir de la fecha en que terminen los tres meses de alta**, a que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, **les pague una asignación mensual de retiro** equivalente al 70% del salario indicado en el artículo 13.2.1., adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad, no pudiendo ser inferior el monto a 1.2. salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En el artículo 36 del mismo decreto se estableció que la asignación de retiro es compatible con el sueldo proveniente 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 del derecho público.

Sin embargo, pese a lo dispuesto en dicha norma, de acuerdo con lo considerado por el Consejo de Estado, en atención a lo referido por la Corte Constitucional, no es admisible que una persona devengue simultáneamente la asignación de retiro y el salario por el desempeño en el empleo público, a causa de la prohibición de recibir doble erogación del tesoro público que se estipuló en la norma superior, como se explica a continuación.

En el artículo 128 de la Constitución Política se estableció que nadie puede desempeñar simultáneamente más de un empleo o percibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o sea el de la nación, las entidades territoriales y las entidades descentralizadas, salvo en casos expresamente determinados en la Ley.

En armonía con el artículo constitucional, en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992 se estableció:

*“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. **Exceptúense las siguientes asignaciones:***

(...)

b. Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;

(...)”

El Consejo de Estado, haciendo referencia a la última norma citada, precisó que *“sería factible concluir que las asignaciones de retiro están investigas de la excepción legal de incompatibilidad”*, en principio, pero que ello no es así, pues tal

excepción no resulta absoluta ya que *“los emolumentos a cargo del tesoro que pueden ser devengados de manera simultánea también están regulados y señalados taxativamente”*: i. **los salarios por el desempeño de otros empleos públicos posteriores al retiro**, ii. asignaciones provenientes de actividad militar o policía por movilización o llamamiento colectivo al servicio y pensión de jubilación e invalidez y iii. provenientes de otras entidades de derecho público.

Así, el Consejo de Estado interpretó, haciendo alusión a la sentencia C-432 de la Corte Constitucional, en la que se señaló que *“las situaciones en las cuales se presenta la concurrencia de la asignación de retiro con cualquier otro emolumento proveniente del erario diferente [a las tres situaciones mencionadas], se encontrará dentro de la prohibición general y resultará incompatible”*.

Con base en dicha interpretación, el Consejo de Estado concluyó en sentencia de 7 de noviembre de 2019⁴, en la que valoró un caso de compatibilidad entre la asignación de retiro, como emolumento de carácter prestacional susceptible de reconocimiento por el retiro del servicio activo de la fuerza pública, equiparable a la pensión de vejez, y el pago de salarios y prestaciones recibidos por una orden de anulación del retiro del servicio y orden de reintegro a este, entendiendo el salario como toda remuneración ordinaria, permanente y habitual del trabajador como contraprestación directa del servicio, que no es posible devengar salario como miembro activo de la fuerza pública y simultáneamente cobrar asignación mensual de retiro por el mismo tiempo, porque esto configuraría una flagrante violación al artículo 128 constitucional.

7.2. De la causal de nulidad de desviación de las atribuciones propias de quien los profirió

El Consejo de Estado⁵ ha explicado que la desviación de poder, como vicio de nulidad del acto administrativo, se presenta cuando la autoridad administrativa, ejerciendo sus funciones y competencias legales, expide decisiones que son contrarias a los fines u objetivos que le han sido atribuidos, *“amparándose en la legalidad formal del acto”*.

Dicha causal de nulidad está contemplada en el segundo inciso del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 como la desviación de las atribuciones propias de quien profirió el acto administrativo; en síntesis, puede señalarse que se configura cuando *“el acto si bien fue expedido por órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, en realidad persigue fines distintos a los que ha fijado el ordenamiento jurídico”*, es decir, se refiere a *“la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador, que obedece a un propósito particular, personal o arbitrario”*

Para demostrarse dicha causal, se debe tener certeza plena frente a que la intención de la autoridad que profirió el acto administrativo estuvo alejada de la finalidad del buen servicio y fue usada con fines diferentes a los contemplados en la norma;

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de noviembre de 2019, radicación No. 68001-23-33-000-2012-00185-01(2939-14)

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 18 de julio de 2012, radicación No. 05001-23-31-000-2000-02797-01

sobre la acreditación de este vicio, se ha considerado por nuestro máximo órgano de cierre:

*“Cuando se invoca este vicio, necesariamente, la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, pues se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión”.*⁶

7.3De la causal de nulidad de los actos administrativos por infracción a las normas en que debía fundarse

En el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 se contempla la causalidad de nulidad por *“violación del ordenamiento superior o de la regla de derecho de fondo que se exigía para su sustento”*⁷; esta causal, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, hace referencia a la *“contravención legal directa de la norma superior en que debía fundarse el acto administrativo y ocurre cuando se presenta una delas siguientes situaciones: falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea”*⁸, que se explican a continuación⁹:

- i. Falta de aplicación: Se configura cuando la autoridad ignora la existencia de la norma o simplemente, conociéndola no la aplica para solucionar el caso.
- ii. Aplicación indebida: Tiene lugar cuando las normas que sustenta la decisión no son las pertinentes, bien sea porque la autoridad se equivocó al escoger la norma ya que valoró inadecuadamente el supuesto de hecho consagrado en ella, o porque no estableció correctamente la diferencia o similitud entre la hipótesis normativa y la tesis del caso concreto.
- iii. Interpretación errónea: Ocurre cuando la autoridad entiende de forma equivocada la norma y así la aplica, es decir *“le asigna a la norma un sentido o alcance que no le corresponde”*.

8. CASO CONCRETO

8.1. Hechos probados jurídicamente relevantes

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1 Que el señor José Feliciano Sánchez Sosa de 27 de enero de 2020 registra que se le computó un tiempo de 20 años, cinco meses y 29 días de servicio para la asignación de retiro y tiempo de liquidación de prestaciones unitarias, proveniente de 18 años, 6 meses y 29 días de tiempo físico, 1 mes y 18 días de formación y 1 año, 6 meses y 1 mes de servicio militar obligatorio, y que su fecha de ingreso fue el 1 de marzo de 2001 y la <u>fecha de retiro el 30 de septiembre de 2019.</u>	Documental: Copia de Hoja de Servicio No. 3-71397909. (Índice 00002 archivo 3 del expediente electrónico SAMAI)

⁶ Ibidem.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 21 de mayo de 2020, radicación No. 52001-23-33-000-2015-00045-01(3779-17)

⁸ Ibidem

⁹ Ibidem

2. Que CREMIL ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro a favor del soldado profesional del Ejército José Feliciano Sánchez Sosa, a partir del 31 de diciembre de 2019, teniendo en cuenta que la baja efectiva se produjo el 30 de diciembre de 2019 luego de los 3 meses de alta.	Documental: Copia de Resolución No. 20473443 del 25 de febrero de 2020 (Índice 00002 archivo 3 del expediente electrónico SAMAI)
3. Que en marzo de 2020 se ingresó a nómina al accionante con la novedad de reocnocimiento de asignación de retiro, liquidándose la mesada en el monto de \$1.333.384, y liquidándose un total neto a pagar por concepto de asignación de retiro desde el 31 de diciembre de 2019 a 29 de febrero de 2020 (retroactivo) en el monto \$2.651.900 luego de los descuentos de ley.	Documental: Copia de tarjeta de liquidación de titulares de José Feliciano Sánchez Sosa Caso No. 24702 y constancia de envío electrónico. (Índice 015 archivo 018 del expediente electrónico SAMAI)
4. Que el apoderado del señor Sánchez Sosa radicó petición por vía electrónica ante CREMIL, requiriendo el pago de la asignación de retiro desde el 1 de octubre de 2019 hasta el 25 de febrero de 2020, última fecha en que se le reconoció tal asignación.	Documental: Copia de petición de 23 de mayo de 2022 y constancia de envío electrónico. (Índice 00002 archivo 3 del expediente electrónico SAMAI)
5. El Grupo Central Integral del Servicio al Usuario de CREMIL, le respondió al apoderado del accionante que no es posible atender favorablemente la solicitud radicada con No. 2022043223 de 23 de mayo de 2022, por medio de la cual solicitó el reconocimiento y pago de la asignación e retiro desde el 1 de octubre de 2019 hasta el 25 de febrero de 2022, por cuanto el soldado profesional se retiró efectivamente el 30 de diciembre de 2019.	Documental: Copia de oficio No. E2022056203 del 10 de junio de 2022 (Índice 00002 archivo 3 del expediente electrónico SAMAI)

8.2 Del estudio del caso concreto

En el *sub examine*, el demandante pretende que se declare nulo el acto administrativo a través del cual CREMIL le negó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro desde la fecha en que se cumplieron los tres meses de alta, contados desde el día en que completó 20 años de servicio, porque considera que dicho acto fue expedido con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió y con violación de una norma superior, ya que la entidad no tuvo en cuenta que:

- i. En la Ley 923 de 2001, artículo 3.1., y el Decreto 4433 de 2004, artículo 16, se estipuló que para el reconocimiento de la asignación de retiro se requiere de un tiempo de servicio que el demandante cumplía.
- ii. En los artículos 7 y 8 del Decreto 1793 de 2004 se estableció que el retiro de servicio activo tiene como una de las causales haber cumplido 20 años de servicio, y que en el artículo 36 del Decreto 4433 de 2004 se dispuso que la asignación de retiro y pensiones son compatibles con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos, incluidos los correspondientes a la actividad militar o de policía.

- iii. En virtud del artículo 53 Constitucional que consagra el principio de favorabilidad laboral, debía habersele reconocido la asignación de retiro a partir del día en que se cumplieron tres meses siguientes a la fecha en que cumplió los 20 años de servicio, sin importar si continuaba devengando salario debido a que el retiro tuvo lugar después del día en que completó dicho tiempo.

De acuerdo con las pruebas aportadas a esta instancia, está acreditado que el señor José Feliciano Sánchez Sosa estuvo vinculado con el Ejército Nacional desde el 1 de marzo de 2001 hasta el 30 de septiembre de 2019, cuando ocupaba el grado de soldado profesional, y se registró la baja efectiva el 30 de diciembre de 2019, fecha para la cual se computó un tiempo de 20 años, cinco meses y 29 días de servicio.

También, está acreditado que CREMIL le reconoció la asignación de retiro a partir del 31 de diciembre de 2019, es decir desde el día inmediatamente posterior a la fecha en que se cumplieron los tres meses de alta desde que se retiró del servicio activo.

Así, se evidencia que el retiro del servicio el señor Sánchez Sosa se hizo efectivo el 30 de septiembre de 2019, es decir meses después al día en que cumplió exactamente 20 años de servicio, y que, por lo tanto, teniendo en cuenta la fecha de retiro efectivo, los tres meses de alta se tomaron como cumplidos el 30 de diciembre de 2019.

Bajo ese marco, debe resolverse si le asiste razón al demandante en la premisa de que, aunque se hubiese retirado del servicio unos meses después al día en que completó 20 años de servicio, la fecha inicial para contar los tres meses de alta y el reconocimiento y pago posterior de la asignación de retiro debió ser el día en que cumplió los 20 años, de tal manera que, si esto último ocurrió en julio de 2019, como lo aduce en la demanda, los tres meses de alta finalizaron en octubre de 2019 y, en consecuencia, la asignación de retiro debía reconocerse a partir de ese mes de octubre.

Pues bien, con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado, amparada en el artículo 128 constitucional, la cual fue citada líneas atrás y debe obedecerse en función de la interpretación sistemática que garantiza la compatibilidad y congruencia del ordenamiento jurídico, no es posible que una persona devengue simultáneamente asignación de retiro y salario por el desempeño de un empleo público, incluida la actividad militar, salvo que dicho desempeño tenga lugar después de que se produjo el retiro.

Así las cosas, es claro que en el sub judice no se configura tal presupuesto, pues el señor José Feliciano Sánchez Sosa reclama el pago de la asignación de retiro a partir del mes de octubre de 2019, fecha en la cual se encontraba devengando de parte del Ministerio de Defensa-Ejército Nacional una suma equivalente a todos los haberes que percibía como soldado profesional en servicio activo, pues desde el 1 de octubre de 2019 y hasta el 30 de diciembre de ese año trascurrían los tres meses de alta siguientes a la fecha de retiro del servicio activo.

Es decir que, en virtud de la jurisprudencia señalada, no era posible que, si el demandante continuaba devengando un salario por haber laborado como soldado

profesional, recibiera al mismo tiempo la mesada por una asignación de retiro concedida precisamente por haber laborado como miembro de la fuerza pública en ese grado; diferente hubiese sido que, producido el retiro del señor José Feliciano Sánchez Sosa, habiéndose cumplido los tres meses de alta y habiéndosele reconocido la asignación de retiro, se hubiese vinculado nuevamente al empleo público; pero en el caso concreto ello no sucedió, ya que no hubo un nuevo vínculo laboral y más bien, el vínculo del señor Sánchez Sosa como soldado profesional se tenía aún como activo por encontrarse en los tres meses de alta siguientes al retiro.

Y, en armonía, el Despacho analiza especialmente que tampoco hay sustento jurídico para que el demandante pudiese percibir la asignación de retiro de forma concomitante con el salario y haberes devengados durante los tres meses de alta, por cuanto la norma que consagró la asignación de retiro para soldados profesionales es muy clara al disponer de forma taxativa que se tendrá derecho al pago de esta prestación *“a partir de la fecha en que terminen los tres meses de alta”*.

En esa medida, para el mes de octubre de 2019 todavía no se habían cumplido los tres meses de alta en el caso del señor José Feliciano, de hecho, ya que su retiro de produjo el 30 de septiembre de 2019, los tres meses de alta iniciaron el 1 de octubre de esa anualidad y culminaron el 30 de diciembre del mismo año; por lo tanto, adicionalmente y de forma concordante a la prohibición del doble recibimiento de asignaciones del tesoro público, el Despacho destaca que no había lugar a que el demandante devengara la asignación de retiro desde octubre de 2019 porque, como se acabó de explicar, para ese momento no se había configurado el supuesto de hecho que daba lugar a esa consecuencia jurídica, de acuerdo con lo regulado en la norma aplicable, esta es el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Ahora, debe acotarse que este no es el mecanismo para resolver la inconformidad que la parte actora insinuó en la demanda, referida a que, según considera, su retiro del servicio debió haberse efectuado al momento de cumplir exactamente 20 años del servicio, pero que esto no fue así porque el Ejército Nacional no lo retiró oportunamente, aprovechándose de la posición dominante y por tal razón el retiro se realizó hasta septiembre de 2019, toda vez que a través de este medio de control se está demandando el acto administrativo por medio del cual le fue negado el reconocimiento y pago de la asignación de retiro desde una fecha anterior, y no el acto administrativo de retiro o alguno relacionado, que, además, no atañe a la aquí demandada, Caja de Retiros de las Fuerzas Militares- CREMIL.

También, el Despacho advierte que, considerando que en las pretensiones de la demanda se solicitó el reconocimiento y pago indexado de la asignación de retiro desde octubre de 2019 hasta febrero de 2020, pero se observa que el reconocimiento de esa prestación se hizo a partir del 31 de diciembre de 2019, no se encuentra sustento para pretender el reconocimiento de la asignación y pago indexado de los meses posteriores al 30 de diciembre de 2019, pues en el acto administrativo No. 20479443 de 25 de febrero de 2020 ya se le reconoció al demandante dicha prestación y se ordenó su pago desde ese día, es decir, ya están incluidos los días de diciembre de 2019, y los meses de enero y febrero de 2020. Además, se tiene probado, que CREMIL ingresó al demandante en nómina de asignación de retiro en marzo de 2020, liquidando a su favor el pago de la prestación para el periodo entre el 31 de diciembre de 2019 y el 29 de febrero de 2020 por un monto total de \$2.707.346.

Corolario de lo expuesto, no se encuentra configurada la causal de nulidad de infracción de infracción a las normas en que debía fundarse el acto administrativo, incluyendo la norma superior, toda vez que se encuentra que el oficio E2022056203 de 10 de junio de 2022, a través del cual se le negó al señor José Feliciano Sánchez Sosa el reconocimiento y pago de la asignación de retiro desde el 1 de octubre de 2019, fue expedido en obediencia y armonía con el artículo 128 de la Constitución Política y bajo los parámetros dictados por el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

De igual manera, la parte demandante no logró explicar claramente ni acreditar que el acto administrativo demandado hubiese sido proferido con un *“fin espurio, innoble o dañino”*¹⁰, que permitiera concluir que fue expedido con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió.

En razón a lo expuesto, ya que no se probó ninguna causal de nulidad del acto administrativo demandado, se denegarán las pretensiones de la demanda.

9. RECAPITULACIÓN

Se **DENEGARÁN LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA** toda vez que se evidenció que el señor José Feliciano Sánchez Sosa no tenía derecho a que se le reconociera la asignación de retiro desde la fecha pretendida en la demanda y en la petición que dio origen al acto administrativo demandado, esto es octubre de 2019, dado que para ese momento todavía transcurrían los tres meses de alta siguientes al retiro del servicio que tuvo lugar el 30 de septiembre de 2019, y, en consecuencia, el demandante devengaba todos los haberes que percibía como soldado profesional en servicio activo, de manera que no se había configurado el supuesto de hecho consagrado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 para ser beneficiario de la asignación de retiro, y concordantemente, era improcedente en su caso el pago simultáneo de dos erogaciones provenientes del tesoro público, en atención a lo dispuesto en el artículo 128 de la Constitución Política y la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia.

10. CONDENA EN COSTAS.

En el artículo 188 del C.P.A.C.A., modificado por la Ley 2080 de 2021, se señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil; pese a esto y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, en el artículo 365 del C.G.P. se dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

Así las cosas, dado que se denegarán las pretensiones de la demanda, es decir que la parte vencida en el proceso es el demandante, de conformidad con el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 7 de junio de 2012, radicación No. 6600123310019980064501

Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a su cargo **en la suma equivalente al 4% de lo pretendido.**

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

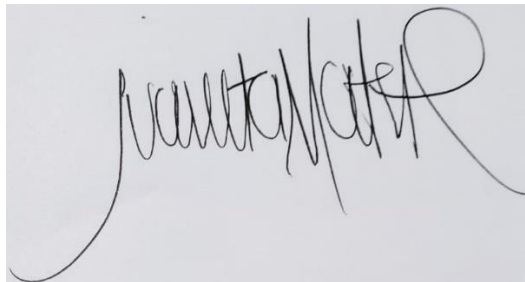
PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con lo considerado en precedencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al demandante atendiendo lo dispuesto en los artículos 188 del C.P.A.C.A. y 365 del C.G.P., para lo cual se fijan las agencias en derecho en suma **equivalente al 4% de lo pretendido.**

TERCERO: ORDENAR que la notificación de la sentencia se realice por secretaría de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 203 y 205 del C.P.A.C.A., modificado por la Ley 2080 de 2021.

CUARTO: ARCHIVAR el expediente, previas las anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JUANITA DEL PILAR MATIZ CIFUENTES
Juez