



JUZGADO DIECISEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ – Sección Segunda  
Carrera 57 N° 43-91, CAN. Edificio Aydeé Anzola Linares, Piso 4º  
Correo electrónico: [correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co)  
Micrositio: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-16-administrativo-de-bogota>

Bogotá D.C., Veintidós (22) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

|                    |                                                                                                      |
|--------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Acción:</b>     | <b>Nulidad y Restablecimiento del Derecho</b>                                                        |
| <b>Demandante:</b> | <b>Juan Carlos Cuenca<sup>1</sup></b>                                                                |
| <b>Demandado:</b>  | <b>Nación – Ministerio de Defensa – Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL<sup>2</sup></b> |
| <b>Radicación:</b> | <b>11001333501620210036000</b>                                                                       |
| <b>Asunto:</b>     | <b>Sentencia Primera Instancia</b>                                                                   |

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la sentencia anticipada que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179, modificado por el artículo 39 de la Ley 2080 de 2021, artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021 y conforme la siguiente motivación,

**2. ANTECEDENTES**

**2.1. Pretensiones<sup>3</sup>.** El señor JUAN CARLOS CUENCA, por conducto de, en su momento, apoderada judicial y, en ejercicio del Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho dirigido contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, presentó demanda dentro de la cual solicita la nulidad por inconstitucionalidad del acto administrativo contenido en el oficio N° 20658074 Id N° 1487124 de 24 de mayo de 2021 por medio del cual le fue negada la asignación de retiro.

**2.2. Hechos<sup>4</sup>.** De los hechos expuestos en la demanda se desprende lo siguiente:

- a) Que ingresó al Ejército Nacional el 17 de junio de 1997 a prestar el servicio militar hasta el 30 de diciembre de 1998.
- b) Entre el 9 de enero de 1999 al 31 de octubre de 2003 se desempeñó como soldado voluntario y entre el 1º de noviembre de 2003 y el 6 de abril de 2019 se desempeñó como soldado profesional.

<sup>1</sup> [yanesabogados@hotmail.com](mailto:yanesabogados@hotmail.com)  
<sup>2</sup> [notificacionesjudiciales@cremil.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@cremil.gov.co); [paolaapm3@hotmail.com](mailto:paolaapm3@hotmail.com); [ivanjimenez.0522@gmail.com](mailto:ivanjimenez.0522@gmail.com); [ivanjimenezalf@buzonejercitomil.co](mailto:ivanjimenezalf@buzonejercitomil.co); [didef@buzonejercito.mil.co](mailto:didef@buzonejercito.mil.co)  
<sup>3</sup> Folios 4-5 archivo 001Demanda.pdf expediente electrónico  
<sup>4</sup> Folios 2-4 archivo 001Demanda.pdf expediente electrónico.

- c) En total tuvo 21 años, 9 meses y 10 días de servicios conforme lo certificó la Dirección de Personal el 23 de abril de 2019.
- d) Mediante orden administrativa de personal N° 1333 de 27 de marzo de 2019 fue retirado del servicio, conforme al numeral 6° de la mencionada orden a partir de esa fecha, por lo que antes se encontraba ACTIVO.
- e) Al momento de su retiro la norma vigente sobre asignación de retiro era el Decreto 4433 de 2004.

**2.3. Normas violadas y concepto de violación:** Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes: artículos 53, 150 y 220 de la Constitución Política, 2 y 3 de la Ley 923 de 2004 y 13 a 16 del Decreto 4433 de 2004.

Su concepto de violación lo centro en que la entidad desconoce lo dispuesto en repetidas ocasiones por la Corte Constitucional y por el Honorable Consejo de Estado, aunado a los múltiples fallos emitidos en la jurisdicción contenciosa administrativa que giran en torno al reconocimiento de la asignación de retiro a todos los miembros de la Fuerza Pública que estuvieran activos a 31 de diciembre del año 2004 con un mínimo de 15 años de servicio y con cualquier causal que origine su retiro, que son aplicables al presente caso, lo que origina un desconocimiento al precedente jurisprudencial y de contera se transgrede el principio de legalidad, es decir, de la ley. Lo cual indica además que cualquier perjuicio que se cause sobre el erario público a consecuencia de este desconocimiento de la ley conlleva la responsabilidad directa de quien toma la decisión no ajustada a derecho.

Como consecuencia de lo anterior, se indica en la demanda que los actos administrativos acusados fueron emitidos con infracción de las normas en que debería fundarse esto es desconocimiento directo de la ley; por lo que deberá declararse su nulidad.

**2.4. Actuación procesal:** La demanda se presentó el 15 de diciembre de 2021<sup>5</sup> y mediante auto del 20 de septiembre de 2022<sup>6</sup>, previo requerimiento se admitió la demanda de la referencia por encontrar colmados los requisitos para su procedencia; asimismo, el 15 de diciembre de 2022<sup>7</sup> fueron notificados mediante correo electrónico la entidad demandada, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

---

<sup>5</sup> Archivo N° 003ActaReparto.pdf del expediente electrónico

<sup>6</sup> Archivo N° 007AutoAdmite.pdf del expediente electrónico

<sup>7</sup> Archivo N° 009ConstanciaNotificación.pdf expediente electrónico

En el término de traslado de la demanda, la demanda allegó escrito de contestación en el que se opuso a la prosperidad.

Puestas en conocimiento las pruebas aportadas y previo control de legalidad mediante auto de 18 de julio de 2023<sup>8</sup>, se efectuó la fijación del litigio y se corrió traslado para presentar alegaciones.

## **2.5. Sinopsis de la respuesta.**

**2.5.1. Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL**<sup>9</sup>. En su escrito se opuso a la prosperidad de las pretensiones e indicó para el efecto que al tiempo de servicio del accionante le fue deducido el tiempo en que se encontró privado de la libertad, en un total de 2 años, 8 meses y 15 días, que le generan para efectos de la prestación un total de 19 años, 3 meses y 6 días.

Que de conformidad con la normatividad vigente para la época de retiro al accionante no se le puede tener en cuenta el tiempo en que estuvo privado de la libertad por la condena impuesta por el Juzgado 29 Penal del Circuito de Bogotá por los delitos de Falsificación de moneda nacional o extranjera, tráfico de moneda falsificada, utilización ilegal de uniformes e insignias, concierto para delinquir en concurso heterogéneo para efectos del cómputo del tiempo para acceder a la prestación pretendida (artículo 7º parágrafo).

Que la hoja de servicios militares expedida por el Ministerio de Defensa con su respectiva aprobatoria, es el documento idóneo e indispensable para el reconocimiento de la asignación de retiro por parte de la Caja; por lo tanto, la Entidad está sujeta a la expedición y aporte de dicho documento, junto con la demás documentación requerida para el reconocimiento de la correspondiente prestación. Es necesario indicar que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, solo reconoce las asignaciones de retiro, cuando la respectiva fuerza ha radicado ante la entidad la hoja de servicios del militar junto con el expediente prestacional. Y con base en la información suministrada en la mencionada hoja, Cremil procede a realizar el estudio para establecer si existe o no derecho a la asignación de retiro; circunstancias que en la actualidad no se han cumplido; y en el caso que nos ocupa con la información contenida en la hoja de servicios que se anexa con el presente, podemos evidenciar que no se cumplen los requisitos establecidos en la normatividad vigente para efectos de reconocimiento de Asignación de Retiro.

<sup>8</sup> Archivo N° 020DejaSinValorFijaLitigio.pdf del expediente electrónico

<sup>9</sup> Archivo N° 010ContestacionDemanda.pdf expediente electrónico

Finalmente propuso como excepción de fondo la que denominó *no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares*.

## **2.6. Alegatos de conclusión.**

**2.6.1 Alegatos de la parte demandante<sup>10</sup>:** En su escrito indicó que conforme a múltiples pronunciamientos de las altas cortes todos los miembros de la Fuerza Pública que estuvieran activos a 31 de diciembre del año 2004 con un mínimo de 15 años de servicio y con cualquier causal que origine su retiro, tiene derecho a percibir asignación de retiro.

Que de conformidad con lo determinado en la sentencia C-007 del año 2018, donde se ordena reconocer como tiempo de servicio aquel tiempo de privación de la libertad. Entre otras determinaciones jurisprudenciales que hablan sobre el acatamiento de los precedentes jurisprudenciales como la sentencia C-539 del 06 de julio del año 2011 MP Luis Ernesto Vargas Silva, se debe acceder a lo pretendido.

**2.6.2. Alegatos de la parte demandada CREMIL<sup>11</sup>:** En su escrito indicó que es claro que el reconocimiento de la Asignación de Retiro se debe realizar de conformidad con las normas que se encuentren vigentes a la fecha del mismo, y teniendo en cuenta los parámetros dispuestos para tal efecto, es así que las diferentes disposiciones que han regulado las prestaciones sociales de los Soldados profesionales de las Fuerzas Militares, se ha consagrado para tales efectos el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, adicionalmente el artículo 7 de la citada norma contempla los parámetros que se deben tener en cuenta para el computo de los tiempos para efectos de reconocimiento de Asignación de Retiro.

En el caso concreto se tiene demostrado con la documentación allegada al despacho que, el demandante señor JUAN CARLOS CUENCA, presto su servicio militar del 17 de junio de 1997 hasta el 30 de diciembre de 1998, que fue soldado voluntario del 09 de enero de 1999 hasta el 31 de octubre de 2003; posteriormente fue soldado profesional desde el 01 de noviembre de 2003 hasta el 06 de abril del 2019; y que cuenta con un tiempo deducido por justicia desde el 08 de abril de 2016 hasta el 06 de abril de 2019, fecha la que fue retirado por condena a prisión o condena.

Así las cosas, el demandante cuenta con un tiempo de servicio de 19 años, 03 meses y 06 días, por haberle sido deducido un tiempo por justicia correspondiente a 02 años, 08 meses y 15 días, derivado de la suspensión penal por detención y posteriormente por la condena impuesta por el Juzgado Veintinueve Penal del Circuito de Bogotá, por los delitos de Falsificación de moneda nacional o extranjera,

<sup>10</sup> Archivo 016AlegatosDte.pdf expediente electrónico

<sup>11</sup> Archivo 023AlegatosCremil.pdf expediente electrónico

tráfico de moneda falsificada, utilización ilegal de uniformes e insignias, concierto para delinquir en concurso heterogéneo.

En el entendido de la normatividad aplicable y los datos expuestos anteriormente, el señor JUAN CARLOS CUENCA, NO cumple con los requisitos para que esta Caja de Retiro realice el reconocimiento de la Asignación de Retiro que reclama por medio del presente medio de Nulidad y Restablecimiento del proceso.

El acceder a lo solicitado por el demandante, sería una clara violación del principio de la irretroactividad de la ley y una violación al principio de igualdad, respecto del personal que fue retirado en el mismo periodo. Razón por la cual es pertinente denegar las pretensiones de la demanda.

**2.6.3. Alegatos de la parte demandada Ejército Nacional<sup>12</sup>:** En su escrito indicó que mediante OAP 1333 de fecha marzo de 2019 el SLP. JUAN CARLOS CUENCA, fue retirado del servicio activo en forma absoluta por condena de prisión de acuerdo a lo certificado por la Dirección de Personal, la persona privada de la libertad pese a estar activa y recibir remuneración NO PRESTA EL SERVICIO, pues las únicas actividades que desempeña el personal privado de la libertad son las establecidas por la Ley 65 de 1993, cuya finalidad es garantizar el tratamiento penitenciario y la atención integral.

El actor estaba claramente privado de la libertad en calidad, por lo tanto, para el caso es plenamente aplicable a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 7 del Decreto 4433 de 2004, por lo que no tiene derecho a que se le tenga en cuenta el tiempo que estuvo privado de la libertad en cumplimiento de su pena, para efectos de la hoja de servicios dado que en el tiempo que estuvo recluido en el centro penitenciario, evidentemente no podía ejercer ni ejecutar funciones propias como soldado profesional.

Por lo anterior me permito solicitar muy comedidamente se nieguen las pretensiones de la demanda.

### **3. CONSIDERACIONES**

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 155 numeral 2º y 156 numeral 2º de la Ley 1437 de 2011, este Juzgado es competente para resolver el conflicto planteado.

---

<sup>12</sup> Archivo 022AlegatosEjercito.pdf expediente electrónico

### **3.1. Problema Jurídico.** Consiste en determinar:

- a) Si debe computarse el tiempo de suspensión penal del señor SP ® Juan Carlos Cuenca para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro.
- b) Si procede el reconocimiento de la asignación de retiro al contar con más de 15 años de servicio y encontrarse activo a 31 de diciembre de 2004.

## **4. NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA APLICABLE<sup>13</sup>.**

### **➤ Régimen de asignación de retiro de los soldados profesionales**

Para abordar el tema de la asignación de retiro de los soldados profesionales, valga indicar que esta ha sido concebida como una prestación a la que tienen derecho por ser miembros de la Fuerza Pública, para compensar el desgaste físico y mental al que se han visto sometidos<sup>14</sup> y para garantizar la dignidad de los miembros de la respectiva institución que, con posterioridad a los años de servicio en cumplimiento de funciones de especial riesgo, se enfrentan a la cesación en sus actividades laborales<sup>15</sup>. De manera que la asignación de retiro es uno de los componentes del derecho a la seguridad social propio de este personal.

En relación con la naturaleza de la asignación de retiro, la Corte Constitucional en sentencia C-432 de 2004 precisó que era «prestacional» y que tal emolumento cumplía un fin constitucionalmente determinado, por cuanto su objetivo principal es el de beneficiar a los miembros de la Fuerza Pública con un régimen diferente, el cual está encaminado a mejorar sus condiciones económicas, dado que la función pública que ejecuta envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares.

La mencionada Corporación le ha dado una doble connotación, pues, por una parte, la ha concebido como una recompensa o reconocimiento por el riesgo a la vida que tuvo que soportar el servidor y su familia durante el servicio<sup>16</sup>:

*«[E]n efecto, durante su carrera se verá en diferentes situaciones de peligro que, de acuerdo con su formación, deberá y podrá afrontar en mayor o menor medida. Es claro que según se encuentre o no en cumplimiento de un acto propio del servicio, o en el frente combatiendo con el enemigo, ya sean estos grupos alzados en armas o en conflicto internacional, el riesgo de perder la vida es mayor en unos casos que en otros. De igual manera si el tiempo al servicio de la institución castrense es mayor,*

<sup>13</sup> Ver, entre otras la providencia del consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2021, 24000-23-42-000-2017-01435-01(4797-19), actor: Fabian Granada Osorio

<sup>14</sup> Corte Constitucional sentencia C-1143 de 2004.

<sup>15</sup> Ver, entre otras, la providencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 9 de noviembre de 2017, radicación: 05001-23-33-000-2013-01349-01(1169-17), actor: Jorge Elías Salazar Pedreros.

<sup>16</sup> Corte Constitucional sentencia C-101 de 2003.

*el riesgo y el peligro a que se ha visto enfrentado ese militar y su familia es mayor, lo que se traduce en una regla consistente en que entre más tiempo de servicio, el riesgo que ha debido soportar es mayor.*

*Así las cosas, teniendo en cuenta las distintas actividades desde el punto de vista funcional o material que cumplen los miembros de las Fuerzas Militares, y dado que dentro de su deber profesional se encuentra el de arriesgar la vida, para la Corte es razonable y por lo tanto se justifica un trato diferenciado, a efectos de reconocer una pensión o compensación, según la muerte sea en combate, en misión del servicio o en simple actividad.».*

Por otra parte, ha señalado que esta prestación tiene una finalidad social teniendo en cuenta su naturaleza prestacional, en la medida en que permite garantizar la digna subsistencia de los miembros de la respectiva institución en situación de retiro, carácter que evidencia la identidad que existe respecto de la pensión de vejez del régimen general que del mismo modo busca amparar al servidor frente a dicha contingencia; situación de la cual se desprende su relación inescindible con el derecho a la seguridad social, al ser parte integrante de dicha garantía para los miembros de la Fuerza Pública.

Es precisamente por esa razón, por la cual se han equiparado ambos emolumentos (esto es, pensión de vejez y asignación de retiro) señalando que la asignación de retiro se constituye en *«una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de un cierto grado de especialidad (en requisitos), atendiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce. Se trata, como bien lo afirman los intervinientes, de establecer con la denominación de “asignación de retiro”, una pensión de vejez o de jubilación para los miembros de la fuerza pública, en la medida que el resto del ordenamiento especial de dichos servidores públicos, se limita a regular las pensiones de invalidez y sobrevivientes»*<sup>17</sup>.

Ahora bien, respecto de los soldados profesionales es necesario precisar, en primer término, que dentro del personal de soldados profesionales hay dos categorías: i) la de aquellos que se incorporaron a las Fuerzas Militares como soldados profesionales propiamente dichos y ii) la de aquellos que eran soldados voluntarios y posteriormente se incorporaron como soldados profesionales.

Los **soldados voluntarios**, en los términos de la Ley 131 de 1985<sup>18</sup>, son quienes prestaron servicio militar obligatorio y decidieron vincularse a las Fuerzas Armadas como soldados y, en tal condición, quedaban sujetos al Código de Justicia Penal

<sup>17</sup> Corte Constitucional Sentencia C-432 de 2004.

<sup>18</sup> «Por la cual se dictan normas sobre servicio militar voluntario».

Militar, al Reglamento de Régimen Disciplinario, al Régimen Prestacional y a las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones para los soldados de las Fuerzas Militares y los reglamentos especiales que se expidieran para el desarrollo de aquella ley.

Por su parte, los **soldados profesionales**, a la luz del artículo 1° del Decreto 1793 de 2000<sup>19</sup>, son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.

En relación con los soldados voluntarios, el artículo 4° de la Ley 131 de 1985 les asignó una bonificación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementada en 60%, la cual no podría sobrepasar los haberes correspondientes a un cabo segundo, marinero o suboficial técnico cuarto. Por su parte, el artículo 5° *ibidem*, dispuso que el soldado voluntario que estuviese en servicio un año, tenía derecho a percibir una bonificación de navidad, «equivalente a la recibida en el mes de noviembre del respectivo año», previendo que cuando este no hubiere servido un año completo, tenía derecho al reconocimiento de la bonificación de navidad a razón de una doceava parte (1/12), por cada mes completo de servicio.

A su turno, el artículo 6°, indicó que el soldado voluntario que fuera dado de baja tendría derecho a un pago único de una suma equivalente a un mes de bonificación por cada año de servicio prestado y proporcionalmente por las fracciones de meses a que hubiere lugar.

Por su parte, el Decreto 370 de 1991, que reglamentó la Ley 131 de 1985, previó que el soldado voluntario no podría superar la edad de los 35 años en el servicio, y si los alcanzaba, el Comando de la respectiva Fuerza podría darlo de baja, pero solamente tendría derecho al pago de una pensión mensual equivalente al sueldo básico devengado por un cabo segundo o marinero, si su desacuartelamiento se producía por incapacidad absoluta y permanente para toda clase de actividades.

De acuerdo con el artículo 4° del Decreto 2728 de 1968<sup>20</sup>, esta calificación debía efectuarse según lo previsto por el régimen de aptitudes, invalideces e indemnizaciones para el personal al servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía

---

<sup>19</sup> «Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares».

<sup>20</sup> «Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de Soldados y Grumetes de las Fuerzas Militares».



Nacional<sup>21</sup>, prestación que podrían continuar devengando sus beneficiarios al tenor de lo normado por el artículo 5<sup>o</sup><sup>22</sup> del Decreto 1305 de 1975<sup>23</sup>.

Bajo esta intelección, es evidente que hasta este momento los soldados voluntarios no tenían consagrada expresamente en la ley una prestación periódica por retiro, independientemente de la denominación que pudiera recibir aquella, ya fuera asignación de retiro, pensión de jubilación o vejez, etc., solamente tenían derecho a una bonificación cuyo valor sería determinado por el tiempo que hubiera prestado sus servicios, el cual, tenía previsto como límite máximo la edad de 35 años, y tendría la posibilidad de devengar una mesada, únicamente, por incapacidad absoluta y permanente para toda clase de actividades.

Luego, la Ley 66 de 1989<sup>24</sup> confirió facultades al presidente de la República para reformar los estatutos del personal de oficiales, suboficiales y agentes de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, incluyendo el régimen general de prestaciones sociales, entre otros aspectos. Con fundamento en esto se expidió el Decreto 1211 de 1990<sup>25</sup>, régimen que no contuvo disposiciones relativas a los soldados voluntarios.

Más adelante, el Congreso de la República expidió la Ley 578 de 2000<sup>26</sup> que le concedió facultades al presidente de la República, nuevamente, para que expidiera normas relacionadas con las Fuerzas Militares y de Policía, entre ellas, las relativas al régimen de carrera y el estatuto del personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares<sup>27</sup>. Fue así como se expidió el Decreto 1793 de 2000<sup>28</sup>, el cual, en el párrafo del artículo 5º, previó que los soldados vinculados mediante la Ley 131 de 1985 con anterioridad al 31 de diciembre de 2000, que expresaran su intención de incorporarse como soldados profesionales y fueran aprobados por los comandantes de Fuerza, serían incorporados el 1.º de enero de 2001, con la antigüedad respectiva.

Es de anotar que esta normativa hizo extensivo para los soldados profesionales los regímenes contenidos en el Código Penal Militar, el Reglamento del Régimen

---

<sup>21</sup> Artículo 2 del Decreto 2728 de 1968.

<sup>22</sup> «Artículo 5. A la muerte de un soldado o grumete en goce de pensión, su esposa e hijos inválidos absolutos en forma vitalicia, y sus hijos menores legítimos o naturales, hasta cuando cumplan la mayor edad o se emancipen, tendrán derecho a devengar la totalidad de la prestación que venía percibiendo el causante. A falta de esposa e hijos menores, la prestación corresponderá a los padres legítimos o naturales del causante únicamente por el término de cinco (5) años. (expresión tachada declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-002 de 1999).

Parágrafo. A las viudas y a los hijos inválidos absolutos de los soldados o grumetes que se encuentren en la actualidad en la actualidad devengando o tengan derecho causado a disfrutar los cinco (5) años de sustitución pensional, les queda prorrogado en forma vitalicia a partir de la vigencia del presente decreto en derecho consagrado en este artículo y para los hijos menores hasta cuando se emancipen o cumplan la mayor edad».

<sup>23</sup> «Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre prestaciones sociales del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, Agentes, Soldados, Grumetes y Personal Civil del Ministerio de Defensa y Servidores de las entidades adscritas o vinculadas a éste».

<sup>24</sup> «Por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias pro tēpore para reformar los estatutos y el régimen prestacional del personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y Civiles del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; y establece el régimen de la vigilancia privada».

<sup>25</sup> «Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares».

<sup>26</sup> «Por medio de la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas relacionadas con las fuerzas militares y de policía nacional».

<sup>27</sup> Artículo 1.º.

<sup>28</sup> «Por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de soldados Profesionales de las Fuerzas Militares».

Disciplinario de las Fuerzas Militares, las normas relativas a la capacidad psicofísica, incapacidades, invalideces e indemnizaciones del personal de las Fuerzas Militares y las que regulan el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Sin embargo, en materia pensional, este decreto no contempló como tal una asignación de retiro, como sí se consagró para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en el Decreto 1211 de 1990, sino que se previó una pensión de vejez, respecto de la cual, se indicó que se regiría por el sistema de capitalización de la Ley 100 de 1993. En efecto, el artículo 39 preceptuó lo siguiente:

**«ARTÍCULO 39. La pensión de vejez, invalidez y sobrevivencia de los soldados profesionales de que trata el presente decreto se regirá por el sistema de capitalización previsto en la Ley 100 de 1993.**

*El aporte mensual para conformar la pensión será del dieciséis por ciento (16%) del salario base de cotización, porcentaje del cual le corresponderá aportar al afiliado el cuatro por ciento (4%) y a la Nación el doce por ciento (12%) restante. Adicionalmente, durante el primer trimestre de cada año a partir del año 2002 la Nación aportará el equivalente a un salario mensual base de cotización por cada afiliado que se encuentre en servicio activo al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior.*

*Los soldados a que se refiere este decreto, que asciendan a rango de suboficiales, continuarán sujetándose al régimen de pensiones previsto en el presente artículo.*

*PARAGRAFO 1. Para efectos de lo previsto en el presente artículo, se entenderá que el salario base de cotización, está integrado por la asignación básica mensual adicionada con la prima de antigüedad.*

*PARAGRAFO 2. Cuando haya lugar al reconocimiento de la pensión por invalidez o muerte, cualquiera que sea el origen, la administradora de fondos de pensiones iniciará los pagos mensuales de la respectiva pensión, utilizando para el efecto, en primera instancia, la cuenta de ahorro individual. En caso de que los recursos de dicha cuenta resulten insuficientes, la Nación pagará mensualmente el faltante con cargo al Presupuesto General de la Nación. Por consiguiente, no habrá lugar a la cotización por accidentes de trabajo y enfermedad profesional para pensiones ni a la contratación de un seguro de invalidez o muerte<sup>29</sup>.».*

Conforme lo anterior, el mismo Decreto 1793 de 2000, en el artículo 40<sup>30</sup>, indicó que las entidades encargadas de administrar los aportes de los soldados profesionales serían seleccionadas por el Ministerio de Defensa Nacional mediante concurso y, en el artículo 41 consagró un régimen de transición para aquellos que se hubieran vinculado con anterioridad al 1.º de enero de 2001, a quienes el Ministerio de

<sup>29</sup> El cual fue derogado por el artículo 45 del Decreto 4433 de 2004.

<sup>30</sup> También derogado por el Decreto 4433 de 2004.

Defensa Nacional efectuaría el cálculo de un bono pensional, dentro del año siguiente a la expedición de ese decreto, por el número de años de servicio equivalente al aporte del 12% que le corresponde aportar al empleador, utilizando la metodología prevista en la Ley 100 de 1993.

Por su parte, el artículo 38 del Decreto 1793 de 2000 señaló que el Gobierno Nacional expediría, con base en lo previsto en la Ley 4ª de 1992, los regímenes salariales y prestacionales de los soldados profesionales, sin desmejorar los derechos adquiridos. En desarrollo de lo previsto en tal precepto legal, se expidió el Decreto 1794 de 2000, el cual, en lo referente a la asignación mensual de este personal, definió que sería calculada en el equivalente a un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%, no obstante, quienes para el 31 de diciembre de 2000 se encontraran vinculados como soldados voluntarios, continuarían devengando un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%<sup>31</sup>. Adicionalmente, señaló que los soldados profesionales tendrían derecho a las siguientes prestaciones:

- Prima de antigüedad (art. 2)
- Prima de servicio anual (art. 3)
- Prima de vacaciones (art. 4)
- Prima de navidad (art. 5)
- Pasajes por traslado (art. 6)
- Pasajes por comisión (art. 7)
- Vacaciones (art. 8)
- Cesantías (art. 9)
- Vivienda militar (art. 10)
- Subsidio familiar (art. 11)
- Tres meses de alta (art. 12)
- Gastos de inhumación (artículo 14)

En síntesis, las diferencias que el nuevo régimen salarial trajo para los soldados profesionales lo que a continuación se ilustra:

| Concepto             | Soldados voluntarios Ley 131 de 1985 y Decreto 370 de 1991 | Soldados profesionales Decreto 1794 de 2000                                                                |
|----------------------|------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| REMUNERACIÓN MENSUAL | Bonificación igual a 1 SMLMV incrementado en un 60%.       | 1 SMLMV incrementado en un 40% para quienes se vincularan al servicio a partir de la vigencia del Decreto. |

<sup>31</sup> Artículo 1.º.

|                     |                                                                                                                          |                                                                                                                                       |
|---------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                     |                                                                                                                          | 1 SMLMV incrementado en un 60% para quienes al 31 de diciembre de 2000 se desempeñaban como soldados de acuerdo a la Ley 131 de 1985. |
| PRIMA DE ANTIGÜEDAD | 6.5% por cada año y hasta un máximo de 58% <sup>32</sup>                                                                 | 6.5% por cada año y hasta un máximo de 58%.                                                                                           |
| PRIMA DE NAVIDAD    | 1 SMLMV incrementado en un 60% y si no hubiere completado un año de servicio una 1/12 por cada mes completo de servicio. | 1/2 SMLMV                                                                                                                             |
| PRIMA DE SERVICIOS  | N/A                                                                                                                      | 1/2 SMLMV                                                                                                                             |
| PRIMA DE VACACIONES | N/A                                                                                                                      | 1/2 SMLMV                                                                                                                             |
| VIVIENDA FAMILIAR   | N/A                                                                                                                      | Acceso a beneficios                                                                                                                   |
| SUBSIDIO FAMILIAR   | N/A                                                                                                                      | 4% del salario básico mensual por cada año de servicio hasta un máximo de 58%.                                                        |
| CESANTÍAS           | Una bonificación por año de servicios y proporcional por las fracciones de meses.                                        | Salario básico más prima de antigüedad por año de servicios.                                                                          |

Posteriormente, la Ley 797 de 2003<sup>33</sup> confirió facultades al Ejecutivo para reformar el régimen pensional de las Fuerzas Militares<sup>34</sup>. Con fundamento en ello se expidió el Decreto 2070 de 2003<sup>35</sup>, que incluyó dentro de su campo de aplicación a los soldados, para quienes se reguló la asignación de retiro en los siguientes términos:

*«Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales, así como los soldados voluntarios que se incorporen como soldados profesionales, que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.».*

<sup>32</sup> Esta prima de antigüedad se consagró para los soldados voluntarios en las siguientes normas: Decreto 335 de 1992 (art. 17); Decreto 25 de 1993 (art. 31); Decreto 65 de 1994 (art. 30); Decreto 133 de 1995 (art. 31); Decreto 107 de 1996 (art. 29); Decreto 122 de 1997 (art. 30); Decreto 58 de 1998 (art. 31); Decreto 62 de 1999 (art. 32); Decreto 1463 de 2001 (art. 31); Decreto 2737 de 2001 (art. 31); Decreto 745 de 2002 (art. 31) y Decreto 3552 de 2003 (art. 30).

<sup>33</sup> «Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales».

<sup>34</sup> «Artículo 17. Facultades extraordinarias. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese por seis (6) meses al Presidente de la República de facultades extraordinarias para:  
[...]

3. Expedir normas con fuerza de ley para reformar los regímenes pensionales propios de las Fuerzas Militares y de Policía y DAS de conformidad con los artículos 217 y 218 de la Constitución Política».

<sup>35</sup> «Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares».

Empero, la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-432 de 2004, declaró inexequibles el numeral 3.º del artículo 17 de la Ley 797 de 2003 y el Decreto 2070 de 2003, por considerar que estas normas, al regular el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, especialmente, la asignación de retiro, en virtud de facultades extraordinarias, desconocían el artículo 150, numerales 10 y 19, literal e), de la Constitución Política, según el cual, le corresponde al Congreso de la República reglamentar dicha materia a través de leyes marco y no podía hacerlo por medio de una habilitación legal. Aquella decisión implicó la reviviscencia de los preceptos que antes de su expedición venían rigiendo.

Luego, en atención a los parámetros generales dictados por la Ley 923 de 2004<sup>36</sup>, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4433 de 2004 en el que reguló el derecho a una asignación de retiro de los soldados profesionales, en los siguientes términos:

*«**Artículo 16.** Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.».*

Las partidas computables a las que se refiere la norma citada son las descritas en el artículo 13 *ibidem*, de la siguiente forma:

*«**Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares.** La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:  
[...]*

*13.2 Soldados Profesionales:*

*13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000.*

*13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.*

*Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones,*

---

<sup>36</sup> «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».

*serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.».*

Se observa entonces que fue solo hasta la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 que pudo hablarse de un derecho a la asignación de retiro de los soldados profesionales, propiamente dicho, dentro del régimen especial de las Fuerzas Militares, pues, las normas que anteriormente regularon las prestaciones sociales en favor de este personal, remitieron a las disposiciones generales en esta materia.

Lo anterior, en virtud del principio de progresividad que, sobre su alcance la jurisprudencia constitucional ha precisado que se trata de un mandato con dos contenidos complementarios, que explica de la siguiente manera: *«[...] por un lado el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el pacto supone una cierta gradualidad. Por otra parte, también implica un segundo sentido, el de progreso, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. [...]».*

De esta forma, se advierte que el mentado principio propende por optimizar las condiciones laborales de los trabajadores, en la medida en que, dentro del régimen de la excepcionalidad como es el de la Fuerza Pública, ha incluido progresivamente partidas a favor del personal que antes no percibían<sup>37</sup>.

➤ **El tiempo por detención preventiva no puede ser contabilizado para efectos de la asignación de retiro**

Las causales de retiro de los soldados profesionales se encuentran previstas en el artículo 8.º del Decreto 1793, que al tenor literal indica:

*«ARTICULO 8. CLASIFICACIÓN. El retiro del servicio activo de los soldados profesionales, según su forma y causales, se clasifica así:*

*a. Retiro temporal con pase a la reserva*

*1. Por solicitud propia.*

*2. Por disminución de la capacidad psicofísica.*

***3. Por existir en su contra detención preventiva que exceda de sesenta (60) días calendario.***

*b. Retiro absoluto*

---

<sup>37</sup> sentencia del 24 de junio de 2021, radicado: 2001233300020170066501 (5170-2019).

1. *Por inasistencia al servicio por más de diez (10) días consecutivos sin causa justificada.*
2. *Por decisión del Comandante de la Fuerza.*
3. *Por incapacidad absoluta y permanente o gran invalidez.*
4. *Por condena judicial.*
5. *Por tener derecho a pensión.*
6. *Por llegar a la edad de 45 años.*
7. *Por presentar documentos falsos, o faltar a la verdad en los datos suministrados al momento de su ingreso.*
8. *Por acumulación de sanciones.».* (Resaltado del Despacho).

A su turno, los artículos 11 y 15 *ibidem*, preceptúan:

*«ARTICULO 11. RETIRO POR DETENCIÓN PREVENTIVA<sup>38</sup>. El soldado profesional a quien se le profiera medida de aseguramiento consistente en detención preventiva que exceda de sesenta (60) días calendario, será retirado del servicio. (Condicionamiento en relación con el aparte subrayado en la sentencia C-289 de 2012).».*

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia C-289 de 12 de abril de 2012 declaró inexecutable el numeral tercero del literal a) del artículo 8 *ibidem* y executable, el artículo 11 de la citada disposición, *«en el entendido de que la palabra retirado debe entenderse como suspendido»*. Lo anterior, después de analizar los cargos propuestos y efectuar un estudio respecto de la presunción de inocencia, razonó que:

*«[...] Dicho esto, la Sala considera que el retiro definitivo del servicio -en el sentido indicado- del soldado profesional contra quien se ha dictado una detención preventiva por más de 60 días es contraria a la Constitución al restringir desproporcionadamente la presunción de inocencia de la que goza esta persona en el ámbito laboral, según el artículo 29 de la Constitución interpretado de conformidad con la jurisprudencia constitucional. Ello es así porque, aplicado un juicio de proporcionalidad, se concluye que, aunque la medida busca un fin constitucionalmente legítimo y es idónea, no es necesaria para lograrlo, como se demostrará a continuación.*

*[...]*

*El retiro definitivo se revela así mismo como una medida idónea para prevenir las posibles afectaciones ya referidas ya que, una vez separado de forma definitiva, se*

---

<sup>38</sup> Este articulado fue modificado por el artículo 1.º de la Ley 1984 de 2019: El nuevo texto es el siguiente: «Artículo 11. Suspensión por detención preventiva. Cuando por mandato autoridad judicial penal ordinaria, militar o disciplinaria se disponga la suspensión de funciones de un Soldado Profesional o Infante de Marina Profesional, esta se cumplirá mediante resolución expedida por el Comandante de la respectiva Fuerza. **Parágrafo 1º.** Durante el tiempo de la suspensión el Soldado Profesional o Infante de Marina Profesional percibirá las primas, subsidios y el cincuenta por ciento (50%) del salario básico correspondiente. Si fuere absuelto o favorecido con preclusión de la investigación, cesación de procedimiento, archivo de la investigación, excluido de la responsabilidad disciplinaria o penal deberá reintegrarse el porcentaje del salario básico retenido.

**Parágrafo 2º.** Cuando la sentencia sea condenatoria, las sumas retenidas pasarán a formar parte de los recursos propios de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

**Parágrafo 3º.** Cuando el tiempo de la suspensión sea superior al de la condena impuesta por la autoridad competente, se reintegrará el excedente de los salarios retenidos.

**Parágrafo 4º.** Cuando se conceda el derecho de libertad provisional no procederá la suspensión de funciones».

*elimina la posibilidad de que el soldado profesional, levantada la detención preventiva, atente contra el buen funcionamiento de la institución, contra la comunidad o contra las presuntas víctimas usando los instrumentos del servicio.*

*Sin embargo, el retiro definitivo es innecesario pues, al mismo objetivo y al mismo nivel de efectividad, se podría llegar con una medida que restringe en menor medida la garantía constitucional de la presunción de inocencia, cual es una suspensión que se levante en el caso de que soldado profesional no sea condenado, sea por sentencia absolutoria o cualquier otra decisión que no implique condena. Una vez esto sucede, la medida preventiva que protege a la institución, a la comunidad y a las presuntas víctimas pierde su razón de ser. Con la medida alternativa, no se aplica de entrada una consecuencia definitiva a una persona que, según el artículo 29 de la Constitución y la jurisprudencia constitucional, debe ser tratada como inocente en todos los ámbitos, incluido el laboral.*

*A pesar de que en principio no son regímenes comparables, la Sala estima útil referirse a la sentencia C-1156 de 2003 en la cual esta Corte declaró exequible una norma que prescribe que el uniformado de la Policía Nacional que esté detenido no se clasifica para ascenso. Uno de los cargos formulados consistía precisamente en la vulneración de la presunción de inocencia, el cual fue descartado, entre otras razones, porque la disposición establece que, en caso de resultar absuelto, previa clasificación y reunir los demás requisitos, el uniformado puede ascender con la misma antigüedad. En similar sentido, la sentencia C-758 de 2002, ante el mismo cargo, declaró la constitucionalidad de una norma perteneciente a la legislación deportiva en la cual, dentro de las funciones de inspección, vigilancia y control, se autorizaba al Instituto Colombiano del Deporte a solicitar a las autoridades competentes de los organismos deportivos de cualquier nivel, la suspensión temporal de los miembros de los órganos directivos, administradores y de control, cuando medie investigación disciplinaria o penal, y exista pliego de cargos o vinculación formal al respectivo proceso penal.*

*[...]*

*De acuerdo con lo expresado, resulta inconstitucional que un soldado profesional sea retirado definitivamente del servicio por haber sido decretada en su contra medida de detención preventiva que supere los 60 días. En consecuencia, se declarará la inexequibilidad del numeral 3 del ordinal a del artículo 8 del decreto ley 1793 de 2000 de modo tal que, dentro de las causales de “retiro temporal con pase a la reserva” ya no esté incluida la medida de detención preventiva mayor a 60 días.*

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



De esta forma, y luego del análisis de la declaratoria de inexequibilidad del literal a), numeral 3°, artículo 8° del Decreto 1793 de 2000 y del condicionamiento del artículo 11 *ibidem*, el Gobierno Nacional procedió a expedir el Decreto 2367 de 2012<sup>39</sup>, el cual señaló:

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

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

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

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

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

*[...]*

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

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

En virtud de lo expuesto, mientras la suspensión se encontraba vigente los soldados profesionales tenían derecho a percibir las primas, subsidios y el 50% de su salario básico. Además, por así preverlo el artículo 3.º *ibidem*, se permitía que el personal suspendido pudiera desempeñar funciones dentro de la institución «previo permiso

---

<sup>39</sup> «Por el cual se reglamenta el artículo 11 del Decreto-ley 1793 de 2000 y se dictan otras disposiciones».

*concedido por el juez competente», el cual sería tenido en cuenta para la redención de la pena.*

Culminado el proceso penal la situación administrativa de los soldados involucrados podía, en vigencia del decreto citado, resolverse de dos maneras i) con el levantamiento de la suspensión si la decisión fue absolutoria, se hubiesen vencido los términos de la suspensión provisional sin que se haya recibido comunicación de su prórroga, preclusión de la investigación, cesación de procedimiento o revocatoria del auto de detención, caso en el cual «devengarán la totalidad del salario mensual devengado» y; ii) el retiro definitivo del servicio cuando se le condene.

Esta última quedó regulada en el artículo 15 del Decreto 1993 de 2000 y se previó para el soldado profesional del Ejército Nacional que fuere condenado judicialmente sería retirado del servicio. La codificación señaló lo siguiente:

**«ARTICULO 15. RETIRO POR CONDENA JUDICIAL. El soldado profesional a quien se le profiera condena judicial debidamente ejecutoriada, será retirado.».** (Resaltado de la Sala).

Ahora bien, el párrafo del artículo 7.º del Decreto 4433 de 2004 es claro en señalar que el tiempo de la condena privativa de la libertad no debe ser computado como actividad para el reconocimiento de la asignación de retiro y demás prestaciones sociales. En efecto, dicha disposición señala:

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

*7.1 Oficiales, Suboficiales, Nivel Ejecutivo y Agentes, el tiempo de permanencia en la respectiva escuela de formación, sin que pueda sobrepasar de dos (2) años.*

*7.2 Soldados profesionales, el tiempo de permanencia como alumno de la escuela de formación, con un máximo de seis (6) meses.*

*7.3 El tiempo de servicio militar obligatorio en cualquiera de las modalidades establecidas por ley.*

*7.4 El tiempo como soldado voluntario.*

*1.5 Tres meses de alta que se entienden como de servicio activo.*

*[...]*

**Parágrafo. El tiempo de condena privativa de la libertad personal, decretada**

***por la Justicia Penal Militar o por la ordinaria, o de separación temporal, no se computará como tiempo de servicio.». (Resaltado del Despacho).***

De esta manera, aun cuando el párrafo del artículo 1.º y 3.º del Decreto 2367 de 2012 permitían que el soldado profesional que estuviere suspendido debido a una orden judicial devengara las primas, subsidios y el 50 % del salario y, además, que pudiera desempeñar actividades de trabajo durante el periodo de la suspensión, ello no significa que este tiempo, de resultar ser parte de la condena impuesta, pueda ser tenido en cuenta para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro.

Este criterio tiene justificación, si se tiene en cuenta que durante este periodo el miembro del Ejército Nacional realmente estaba en cumplimiento de una condena penal y suspendido para ejercer las funciones que eran asignadas al verdadero cargo del que era titular (soldado profesional) y del cual se desprende el derecho a la asignación de retiro regulada en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Ello, por cuanto si bien el artículo 1.º del Decreto 2367 de 2012, permite la suspensión de funciones luego de transcurridos 60 días, no puede entenderse de forma de forma aislada, habida cuenta de que el párrafo 7º del Decreto 4433 de 2004, es claro en indicar que el lapso de condena privativa de la libertad no puede ser contabilizado como tiempo de servicio para efectos de la asignación de retiro. Lo anterior va en concordancia con el numeral 3.º del artículo 37 de la Ley 599 de 2000<sup>40</sup> que señala: «3. La detención preventiva no se reputa como pena. **Sin embargo, en caso de condena, el tiempo cumplido bajo tal circunstancia se computará como parte cumplida de la pena**».

Finalmente, en cuanto a la adquisición del derecho a percibir la asignación de retiro por contar con más de 15 años de servicios, dicha prestación se encuentra establecida en el artículo 14 de Decreto 4433 de 2004 para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad así:

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

---

<sup>40</sup> «Por la cual se expide el Código Penal».

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, pasa el Juzgado a resolver el,

5. CASO CONCRETO:

Se encuentra demostrado en el expediente lo siguiente:

- Constancia de la Sección de Atención al Usuario DIPER del Ejército Nacional expedida el 23 de abril de 2019, en la que se certifican los tiempos de servicio y la causal de retiro, así:

| NOVEDAD                            |     | DISPOSICION |      |            | FECHAS     |            | TOTAL    |
|------------------------------------|-----|-------------|------|------------|------------|------------|----------|
|                                    |     |             |      |            | DE         | HASTA      | AA-MM-DD |
| SERVICIO MILITAR DIPER             | EJC | DIRTRA      | 150  | 26-12-1996 | 17-06-1997 | 30-12-1998 | 01 06 13 |
| SOLDADO VOLUNTARIO DIPER           | EJC | OAP-EJC     | 1001 | 30-01-1999 | 09-01-1999 | 31-10-2003 | 04 09 22 |
| SOLDADO PROFESIONAL DIPER          | EJC | OAP-EJC     | 1175 | 20-10-2003 | 01-11-2003 | 06-04-2019 | 15 05 05 |
| Total tiempos en EJÉRCITO NACIONAL |     |             |      |            |            |            | 21 09 10 |

Se retiró por CONDENA A PRISION O CONDENA acuerdo disposicion de retiro OAP-EJC 1333 de 27-MAR-19. Los datos aqui contenidos son los registrados en su historia laboral, para reconocimientos prestacionales deben ser avalados por la Dirección de Prestaciones Sociales, de acuerdo a las normas legales vigentes. Para efectos de asignación de retiro o pensión en el caso de tener tiempo de Alumno se liquidará sin sobrepasar 2 años.

(folio 1 Archivo 002Anexos.pdf)

- Orden Administrativa N° 1333 de 17 de marzo de 2019 mediante la cual retira del servicio activo al soldado profesional Juan Carlos Cuenca C.C. 10.632.640 por la causal condena judicial, en la que se indica:

ARTICULO 1 - 697 Retirar del servicio activo de las Fuerzas Militares Ejército Nacional, al señor Soldado Profesional CUENCA JUAN CARLOS CC. 10.632.640 en cumplimiento al Decreto Ley 1793 de 2000, Artículo 8, Literal b, Numeral 4, Artículo 15, por CONDENA JUDICIAL, de acuerdo a la parte motiva del presente acto administrativo, con novedad fiscal de retiro seis (06) de abril de 2019.

(Folios 2-4 Archivo 002Anexos.pdf expediente electrónico)

- Hoja de Servicios N° 3-10632640 de 26 de agosto de 2019 en la que se detalla el cómputo de tiempos para prestaciones, así:

| TIEMPOS PARA PRESTACIONES UNITARIAS |      |       |      |       | TIEMPOS PARA PENSION Y/O ASIGNACION RETIRO |      |       |      |       |
|-------------------------------------|------|-------|------|-------|--------------------------------------------|------|-------|------|-------|
| Concepto                            | Años | Meses | Días | Total | Concepto                                   | Años | Meses | Días | Total |
| TIEMPO FISICO                       | 15   | 5     | 5    | 5.555 | TIEMPO FISICO                              | 15   | 5     | 5    | 5.555 |
| SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO        | 1    | 6     | 13   | 553   | SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO               | 1    | 6     | 13   | 553   |
| SOLDADO VOLUNTARIO                  | 4    | 9     | 22   | 1.732 | SOLDADO VOLUNTARIO                         | 4    | 9     | 22   | 1.732 |
| TIEMPO DEDUCIDO POR JUSTICIA        | 2    | 8     | 15   | 975   | TIEMPO DEDUCIDO POR JUSTICIA               | 2    | 8     | 15   | 975   |
| TIEMPO TOTAL                        | 19   | 0     | 25   | 6.865 | TIEMPO TOTAL                               | 19   | 0     | 25   | 6.865 |
| DIFERENCIA AÑO LABORAL              | 0    | 2     | 11   | 71    | DIFERENCIA AÑO LABORAL                     | 0    | 2     | 11   | 71    |
| TIEMPO LIQUIDACION                  | 19   | 3     | 6    | 6.936 | TIEMPO LIQUIDACION                         | 19   | 3     | 6    | 6.936 |

Y respecto de la información jurídica del accionante indica:

| INFORMACIÓN JURIDICA                              | Disposición    |            |        |          | Lapsos     |            |
|---------------------------------------------------|----------------|------------|--------|----------|------------|------------|
|                                                   | Expediente     | Clase      | Nro    | Fecha    | Desde      | Hasta      |
| DETENIDO O EN PRISION                             | PE-20161000003 | OFI-LLEGAD | 628171 | 20160804 | 04-08-2016 | 05-04-2019 |
| SUSPENSION EN EJERCICIO DE FUNCIONES Y ATRIBUCION | PE-20161000003 | RES        | 02188  | 20161010 | 10-10-2016 | 06-04-2019 |

(Folios 15-17 Archivo 010Contestación Demanda.pdf)

- Derecho de petición presentado por el accionante a través de apoderada judicial en el que solicitaba:

#### **PRETENSIONES.**

**PRIMERO:** se le reconozca la asignación de retiro al señor JUAN CARLOS CUENCA, identificado con la cedula de ciudadanía número, 10.632.640 de Corinto, teniendo en cuenta sus 21 años 09 meses y 10 días de servicio. De acuerdo a lo establecido en el artículo 16 del decreto 4433 de 2004.

**SEGUNDO:** se le reconozca y cancele el 20% sobre salarios, primas y todas las demás prestaciones sociales que se liquidaban sobre el salario básico y las cuales deben reajustarse teniendo en cuenta la ley mencionada y la sentencia de unificación descrita con antelación. Teniendo en cuenta la solicitud que el señor Cuenca realizo con fecha del 18 de septiembre del año 2018.

(folios 19-22 Archivo 010Contestación Demanda.pdf)

- Oficio Cremil 20658074 Id 14871254 de 24 de mayo de 2021 por medio del cual el Coordinador Grupo Central Integral de Servicio al Usuario de CREMIL en la que le indicaron:

Es pertinente aclarar que el reconocimiento de la asignación de retiro se efectúa de manera oficiosa, en donde la hoja de servicio y el expediente prestacional SON REMITIDOS POR CADA UNA DE LAS FUERZAS, POR TANTO, ES UN TRÁMITE INTERINSTITUCIONAL; una vez que el militar llena los requisitos para acceder al derecho, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoce la asignación de retiro mediante resolución, documento que se notifica al interesado.

Así las cosas, se informa que esta Entidad no ha recibido la hoja de servicios ni el expediente prestacional de manera formal y una vez revisadas las bases de datos que se establece que su poderdante NO figura como afiliado y/o beneficiario de sustitución pensional a cargo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Por lo anterior y en aras de resolver de fondo su petición que la misma fue trasladada al Señor Coronel Señor Coronel WILLIAM ALFONSO CHAVEZ VARGAS, Director de Personal Ejército Nacional - Carrera 50 No. 18-92, Cantón Oriental "Francisco José de Caldas" de esta ciudad. Lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21<sup>1</sup> de la Ley 1755 de 2015 "por medio del cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", para los fines pertinentes.

Descendiendo al caso concreto, sea lo primero indicar que el demandante ingreso al servicio del Ejército Nacional el 9 de enero de 1999 como soldado voluntario y el 1º de noviembre de 2003 pasó a ser soldado profesional, es decir, nunca ostentó calidad de oficial o suboficial del Ejército Nacional y a 31 de diciembre de 2004 contaba con poco más de 7 años al servicio de la institución (contando con el tiempo de servicio militar obligatorio), por lo que así se hubiera desempeñado como oficial o suboficial del Ejército tampoco sería beneficiario de la asignación de retiro en los términos expuestos en las alegaciones.

Por otra parte, en lo que respecta al reconocimiento de la asignación de retiro contabilizando el tiempo de suspensión penal, conforme a los argumentos expuestos en la parte considerativa, la misma no tiene vocación de prosperidad en tanto que el párrafo del artículo 7.º del Decreto 4433 de 2004 es claro en señalar que el tiempo de la condena privativa de la libertad no debe ser computado como actividad para el reconocimiento de la asignación de retiro y demás prestaciones sociales.

Adicional a lo anterior y reiterando lo expuesto en la parte considerativa, se tiene que, aun cuando el parágrafo del artículo 1° y 3° del Decreto 2367 de 2012 permitían que el soldado profesional que estuviere suspendido debido a una orden judicial devengara las primas, subsidios y el 50 % del salario y, además, que pudiera desempeñar actividades de trabajo durante el periodo de la suspensión, ello no significa que este tiempo, de resultar ser parte de la condena impuesta, pueda ser tenido en cuenta para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, en tanto que durante este periodo el miembro del Ejército Nacional realmente estaba en cumplimiento de una condena penal y suspendido para ejercer las funciones que eran asignadas al verdadero cargo del que era titular (soldado profesional) y del cual se desprende el derecho a la asignación de retiro regulada en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Y no contando con el mencionado tiempo, es decir, con los 2 años, 8 meses y 2 días del tiempo de suspensión, no alcanza a cumplir los 20 años que exige la norma que regula la prestación para los soldados profesionales, es decir, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

Finalmente, la jurisprudencia reseñada en las alegaciones de la parte demandante, es decir la sentencia C-007 de 2018 no es aplicable al presente caso, en tanto la misma hace el análisis frente a militares que hagan parte del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto de que trata la Ley 1820 de 2016, situación dentro de la que no se encuentra enmarcada la situación jurídica en materia penal del accionante.

Por las razones expuestas se negarán las pretensiones de la demanda. En consecuencia, el acto administrativo acusado conserva su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que lo ampara.

## **6. Costas y agencias en derecho.**

Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018<sup>41</sup>, de conformidad con lo expresado por la jurisprudencia citada, encuentra este

---

<sup>41</sup> “a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto a la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a un “objetivo valorativo” – CPACA-

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas; es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la

medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada en el proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según la parte vencida sea el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura)

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas

Despacho que, en razón a las actuaciones realizadas en esta instancia, no se observó ninguna actuación contraria a derecho por parte del actor, por lo tanto, se abstendrá de condenarlo en costas conforme las previsiones del artículo 365 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DIECISÉIS (16) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.** en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: NEGAR** por IMPROCEDENTES las pretensiones de la demanda impetradas por el señor **JUAN CARLOS CUENCA** identificado con C.C. N° 10.632.640 por las razones expuestas en la parte motiva de presente providencia.

**SEGUNDO: ABSTENERSE** de condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante, por las razones indicadas en esta providencia.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría del Juzgado devuélvase a los interesados el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, excepto los causados y hecha la liquidación del proceso y las anotaciones de ley **ARCHÍVESE** el expediente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**BLANCA LILIANA POVEDA CABEZAS**  
**JUEZ**

Stld

---

f) La liquidación de las costas (incluidas agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.”

Consejo de estado, Sección segunda, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14)

**Firmado Por:**  
**Blanca Liliana Poveda Cabezas**  
**Juez**  
**Juzgado Administrativo**  
**016**  
**Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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: **a0240ed69a7872551024d84ead8edc16463edf069e5390125c90e65a731ea2ec**

Documento generado en 22/08/2023 11:12:02 AM

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