



**JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

PROCESO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN 110013335-012-2021-00287-00
ACCIONANTE: JUAN GUILLERMO HERNÁNDEZ FUENTES
ACCIONADA: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –
CREMIL

**ACTA 269 – 2022
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
ARTICULO 182 DE LA LEY 1437 DE 2011**

En Bogotá D.C. a los veinticuatro (24) días del mes de octubre de 2022, siendo las 10:30 a.m., la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asocio de su secretaria Ad Hoc declaró abierta la audiencia virtual, a través de la plataforma Lifesize, con la asistencia de los siguientes.

INTERVINIENTES

PARTE DEMANDANTE:

- **APODERADA:** Dra. Mónica Muñoz Velasco identificada con la cédula de ciudadanía No. 34.599.856 T.P. 205776 del C.S. de la J.

PARTE DEMANDADA:

- **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL:**
Apoderado Dr. Fabio Adrian Rojas Quesada identificado con la cédula de ciudadanía No. 93.377.675 y T.P. 60718 del C.S. de la J.

Verificados los antecedentes de los apoderados, no aparece registrada sanción alguna en su contra y sus tarjetas profesionales se encuentran vigentes.

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

Se informa a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que, de conformidad con el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes etapas:

1. Saneamiento del proceso
2. Fallo

I. SANEAMIENTO DEL PROCESO

De conformidad con el artículo 180 numeral 5º del CPACA y con el fin de evitar sentencias inhibitorias, se procede a evacuar la etapa de saneamiento del proceso. Para tal efecto, se concede el uso de la palabra a los apoderados con el fin de que se pronuncien si observan alguna irregularidad que pueda ser saneada en este

momento. Como los apoderados no expresan ninguna irregularidad que sanear y el despacho tampoco observa causales de nulidad, se da por agotada esta etapa.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS.

II. SENTENCIA

Procede el Despacho, luego de agotadas todas las etapas procesales pertinentes, a proferir la sentencia que en derecho corresponda.

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho determinar si el señor Juan Guillermo Hernández Fuentes, en su calidad de mayor retirado del Ejército Nacional tiene derecho al reconocimiento y pago de la asignación de retiro en aplicación del régimen de transición contemplado en el artículo 3 de la Ley 923 de 2004 y, por consiguiente, de las normas del Decreto 1211 de 1990 o si, por el contrario, su situación se encuentra regulada por el Decreto 4433 de 2004.

CONSIDERACIONES

Régimen legal de la asignación de retiro de los miembros del Ejército Nacional

La asignación de retiro es una prestación de naturaleza económica que surge de la relación laboral administrativa existente entre el Estado y los miembros de la Fuerza Pública (Fuerzas Militares y Policía Nacional), quienes al cese definitivo de la prestación de sus servicios se hacen acreedores, en tanto cumplan con los requisitos legalmente establecidos, al reconocimiento y pago en forma mensual y vitalicia de una determinada suma de dinero que tiene como finalidad garantizar, al menos, la satisfacción de las necesidades básicas del trabajador retirado y las de su familia.

La asignación de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares pertenecientes a los niveles de oficiales y suboficiales fue regulada por el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, el cual en su tenor normativo reza:

“ARTÍCULO 163. ASIGNACIÓN DE RETIRO. Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente, y los que se retiren a solicitud propia después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el Artículo 158 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto.”

Posteriormente, se expidió la Ley 923 de 2004, mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. En el artículo 3 se fijaron los elementos mínimos de la asignación de retiro así:

“ARTÍCULO 3º. ELEMENTOS MÍNIMOS. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas,

correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

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

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

De la normatividad transcrita se concluye que la única condición que la Ley 923 de 2004 consagró para ser beneficiario de la transición del artículo 3 es que, al momento de su entrada en vigencia, el uniformado se encontrara en servicio activo en las Fuerzas Militares.

En desarrollo de la citada Ley se expidió el Decreto 4433 de 2004 que en su artículo 14 reguló la asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad así:

ARTICULO 14. ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA EL PERSONAL DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LAS FUERZAS MILITARES EN ACTIVIDAD. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados con dieciocho (18) o más años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinte (20) años de servicio, tendrá 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 (...).”

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 23 de octubre de 2014¹, declaró la nulidad del artículo 14 transcrito por considerar que el Gobierno Nacional desbordó la potestad reglamentaria y vulneró la cláusula de reserva legal al aumentar la edad para acceder a la asignación de retiro de 15 a 18 años. Al respecto precisó:

“(…) Respecto de quienes se encontraban en servicio activo a la iniciación de la vigencia de la ley acabada de mencionar dispuso el legislador que: ‘no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de expedición de esta ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal’.

(...)

En virtud de lo dicho si el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, establece que el personal de la Policía en servicio activo que a la fecha de entrada en vigor de ese Decreto sea retirado “después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con más de veinte (20) años de servicio” tendrán derecho al pago de la asignación mensual de retiro como allí se determina, es evidente que se está exigiendo para poder ser asignatario de la misma el cumplimiento como mínimo de dieciocho (18) años de servicio en unos casos y veinte (20) años de servicio en otros, **lo cual resulta superior a lo establecido para el personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, por el artículo 115 del Decreto 1212 de 8 de junio de 1990, cuando sean llamados a calificar**

¹ Radicación: 11001-03-25-000-2007-00077-01 (1551-07), demandante: José Luis Tenorio Rosas.

servicios, o por voluntad del Gobierno, o de la Dirección General de la Policía y, de la misma manera ocurre con respecto a la asignación de retiro a que tendrían derecho con 15 años de servicio en las hipótesis contempladas en el artículo 144 del mismo Decreto mencionado.

Entonces, como consecuencia de la declaratoria de la nulidad del artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, los requisitos para la asignación de retiro del personal que se encontraba en servicio activo a la entrada en vigencia del referido decreto deben examinarse de conformidad con la Ley 923 de 2004.

No obstante, el marco general de la mencionada Ley prohibió que para quienes se encontraran en servicio activo al momento de su entrada en vigencia, se les exigieran mayor tiempo del contemplado en el régimen anterior².

Ahora bien, respecto de los oficiales y suboficiales que ingresaron al escalafón a partir de su entrada en vigencia, el artículo 15 del Decreto 4433 de 2004 exigió los siguientes requisitos para el reconocimiento de la asignación de retiro:

“ARTICULO 15. ASIGNACION DE RETIRO PARA EL PERSONAL DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DE LAS FUERZAS MILITARES. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto y que sean retirados después de veinte (20) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrá 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 (...)”

Caso concreto

En el presente caso el demandante solicita se tenga en cuenta como servicio activo el tiempo que permaneció en la escuela de formación militar, con el fin de que se le aplique el régimen de transición del artículo 3 la Ley 923 de 2004 y, en consecuencia, se le reconozca la asignación de retiro en los términos del artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, el cual, señala 15 años de servicios para quienes se retiren por causal diferente a la de solicitud propia.

De conformidad con la demanda, la contestación y las pruebas allegadas al proceso, están probados los siguientes hechos:

- *Según la hoja de servicio Nro. 3-74085354 del 8 de junio de 2020, el señor Juan Guillermo Hernández Fuentes ingresó como Alumno Oficial al Ejército Nacional el 05 de julio de 2003 y fue ascendido a oficial el 30 de junio de 2006.*
- *Con Resolución No. 1553 del 03 de junio de 2020 fue separado del servicio “por retiro discrecional”, acumulando un tiempo de desempeño de 16 años, 5 meses y 24 días en la entidad.*
- *El 10 de marzo de 2021 el demandante elevó petición para que se le reconociera la asignación de retiro la cual fue denegada por CREMIL a través de la Resolución Nro. 6319 del 16 de abril de 2021.*

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 5 de octubre de 2017. Radicación número: 18001-23-33-000-2014-00085-01(3034-16).

El actor sostiene que es beneficiario del régimen de transición porque ingresó a la institución el 05 de julio de 2003 y el único requisito que impuso la Ley 923 de 2004 para que se aplique el régimen anterior es que, al momento de su entrada en vigor, el personal se encontrara en servicio activo en la fuerza pública, sin precisar si en carrera u otra forma de vinculación.

La entidad considera que el reconocimiento de la asignación de retiro se debe realizar de conformidad con las normas que se encuentren vigentes a la fecha del reconocimiento. Indica que el señor Juan Guillermo Hernández Fuentes, fue retirado mediante Resolución Nro. 1553 del 3 de julio de 2020 por retiro discrecional, con un tiempo de servicios de 16 años, 5 meses y 24 días, por lo tanto, no cumple con el tiempo mínimo de 20 años establecido en el artículo 15 del Decreto 4433 de 2004 para acceder a la asignación de retiro.

En este orden de ideas, la pregunta que debe resolver el Despacho es si el tiempo de permanencia como alumno de escuela militar puede ser considerado como tiempo de servicio activo. Para resolver este litigio resulta pertinente revisar las normas que se relacionan con la materia:

En el artículo 170 del Decreto 1210 de 1990³ se señaló:

“ARTÍCULO 170. CÓMPUTO DE TIEMPO. Para efectos de asignación de retiro y demás prestaciones sociales, el Ministerio de Defensa liquidará el tiempo de servicio, así:

a. Oficiales, el tiempo de permanencia en la respectiva Escuela de Formación de Oficiales, con un máximo de dos (2) años (...)”

Esta norma se mantuvo en el Decreto 4433 de 2004 así:

ARTÍCULO 7. *Computo 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, liquidaran 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.

Por su parte, la línea jurisprudencial de la jurisdicción contenciosa administrativa en este tema ha sido aceptar el tiempo de formación en las escuelas de las Fuerzas Militares para efectos de liquidar la asignación de retiro y demás prestaciones sociales, atendiendo lo que expresamente indica la norma.

El Despacho entiende que esta interpretación obedece al hecho de que cuando los artículos 170 del Decreto 1211 de 1990 y 7 del Decreto 4433 de 2004, permiten el reconocimiento de la asignación de retiro contabilizando el tiempo de formación, están validando que este otorga al alumno la condición de miembro activo de las fuerzas militares, pues solo con tiempo de servicio activo se puede adquirir el derecho a una pensión y a otras prestaciones sociales.

Respecto de la aplicación de régimen disciplinario y penal, el Despacho advierte que, si bien a los alumnos se les aplican los procedimientos propios de la Escuela Militar, ello no significa que el tiempo de estudio no pueda contabilizarse como en servicio activo toda vez que es potestativo del legislador otorgar este tipo de prebendas prestacionales.

³ **ARTÍCULO 170. CÓMPUTO DE TIEMPO.** Para efectos de asignación de retiro y demás prestaciones sociales, el Ministerio de Defensa liquidar el tiempo de servicio, así: b. Suboficiales, el tiempo de permanencia como Soldado o Alumno de una Escuela de Formación de Suboficiales, con un máximo de dos (2) años;

Tampoco le asiste razón al apoderado de la entidad en cuanto señala que el actor debía estar escalafonado para ser beneficiario del régimen de transición, pues la Ley 923 de 2004 solo exige estar en servicio activo a la fecha de su entrada en vigencia, de manera que no podía el Decreto 4433 condicionar la aplicación de las normas de transición a que el personal ingresara al escalafón a partir de su vigencia.

De acuerdo con la hoja de servicios el demandante para el 30 de diciembre de 2004 era alumno oficial en la escuela de formación de las Fuerzas Militares. Así las cosas, comoquiera que en la Ley 923 de 2004, fijó como única condición para ser beneficiario de la transición, que el miembro de la fuerza pública se encontrara en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la ley, sin hacer distinción de la forma de vinculación, se colige que al demandante, no se le podía aplicar el Decreto 4433 de 2004 para el reconocimiento de la asignación de retiro, pues es beneficiario del régimen de transición fijado en el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley 923 de 2004 y por lo tanto, el reconocimiento de su asignación de retiro debía estudiarse bajo las disposiciones del Decreto 1211 de 1990.

La asignación de retiro regulada en el artículo 163 del Decreto 1211 exige 15 años de servicios para su reconocimiento cuando la desvinculación ocurre por causal diferente a la de solicitud propia, requisito que cumple el demandante toda vez que, según la hoja de servicios, al momento de su retiro contaba con un tiempo de servicio de 16 años, 5 meses y 24 días en la entidad y su desvinculación se generó por la causal de “retiro discrecional”.

En consecuencia, se declarará la nulidad de la Resolución Nro. 6319 del 16 de abril de 2021 y se ordenará a la entidad demandada reconocer y pagar la asignación de retiro del señor Juan Guillermo Hernández Fuentes, desde el 05 de septiembre de 2020, esto es, un día después de la fecha en que fue retirado de forma absoluta del cargo que desempeñó en el Ejército Nacional, a través de la Resolución Nro. 1553 del 03 de junio de 2020; toda vez que la efectividad del retiro se dio a partir del 04 de septiembre de 2020. Para la liquidación se observará lo dispuesto en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, el cual indica que el monto corresponde al 50% de las partidas de que trata el artículo 158 ibidem por los 15 primeros años de servicio y, un 4% más por cada año que exceda a los 15 años, sin que el total sobrepase del 85% del mismo monto.

No operó el fenómeno de la prescripción toda vez que entre las reclamaciones en sede administrativa y judicial no transcurrieron más de cuatro años.

INDEXACIÓN

Las sumas que resulten a favor de la parte demandante serán ajustadas con aplicación de la fórmula prevista en el inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A:

$$R = RH \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial, vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente a la fecha de la causación de cada mesada pensional.

La demandada deberá dar aplicación a lo ordenado en los artículos 187, 192, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CONDENA EN COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA y con la interpretación que del mismo ha hecho el Consejo de Estado, se resolverá sobre la condena en costas bajo un criterio objetivo valorativo. En este orden de ideas el Despacho se abstendrá de condenar en costas comoquiera que no se observaron actuaciones de mala fe o dilatorias de las partes en el desarrollo del proceso. Lo anterior aplicando la línea jurisprudencial trazada por la mayoría de las Salas del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

REMANENTES DE LOS GASTOS

Comoquiera que no se consignó ninguna suma para gastos procesales no hay lugar para la liquidación de remanentes.

*En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,*

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución Nro. 6319 del 16 de abril de 2021, mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al señor Juan Guillermo Hernández Fuentes, de acuerdo con las consideraciones expuestas en esta sentencia.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho **ORDENAR** a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL**, reconozca y pague la asignación de retiro del señor Juan Guillermo Hernández Fuentes, desde el 05 de septiembre de 2020. Para la liquidación se observará lo dispuesto en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990.

TERCERO: Las sumas reconocidas deberán ser indexadas, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones invocadas en la demanda.

QUINTO: La entidad demandada dará cumplimiento a este fallo en los términos establecidos en los artículos 187, 192 y 195 del CPACA.

SEXTO: SIN CONDENA EN COSTAS

SÉPTIMO: SIN REMANENTES.

OCTAVO: EJECUTORIADA esta providencia, **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

Las partes cuentan con el término de ley para interponer recursos.

El apoderado de la demandada interpone recurso de apelación y manifiesta que será sustentado dentro del término que indica la Ley.

RADICACIÓN: 110013335-012-2021-0000287-00
DEMANDANTE: JUAN GUILLERMO HERNÁNDEZ FUENTES
DEMANDADA: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL

Fungió como secretaria Ad-Hoc: Greissy Fernanda Palacios Moreno

<https://playback.lifesize.com/#!/publicvideo/41f13f53-8179-4638-a913-90e97d03a9c8?vcpubtoken=2b2c8986-2dbe-4501-9724-d5d000a61cd5>

Firmado Por:
Yolanda Velasco Gutierrez
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Sala 012 Contencioso Admsección 2
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: 55a65842e18023e025ad5f38e0f3b883a84395c4393e0c10cfa3821b9b9a235e

Documento generado en 28/10/2022 04:14:20 PM

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