

20 ENE 2020



La seguridad es de todos

Mindefensa



CREMIL

Bogotá D.C.,

17/DIC./2019 11:22 A. M. RNEISA  
DEST JUZGADO 2 ADMINISTRATIVO  
ATN JUZGADO 2 ADMINISTRATIVO  
ASUNTO COMUNICACION - CONTESTACION  
REMITE ROBERTO JHONNY NEISA NUNEZ - GRUPO  
FOLIOS 1  
AL CONTESTAR CITE ESTE No. 0109167  
CONSECUTIVO 2019-109167



**CERTIFICADO**  
**CREMIL:** 110849 – 106228  
**SIOJ:** 88342

No. 212-

Señores:

**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DE BUGA**

Dr: Cesar Mauricio Palomino Beltran.  
Calle 7 N.º 13 – 48 Edificio Condado Plaza.  
**Buga – Valle.**

**Asunto: Contestación de Demanda (Reajuste Soldados Prima de Antigüedad – 1/12 – SF – POP)**

**REFERENCIA: PROCESO No. 76111333300220190012000**  
**DEMANDANTE: UBANER OCHOA GALLEGO**  
**DEMANDADA: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**

**ROBERTO JHONNYs NEISA NUÑEZ**, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 80.203.856 de Bogotá, Abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No.272.126 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado judicial de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, de conformidad con el poder a mí conferido por el Doctor **EVERARDO MORA POVEDA** en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL me permito **CONTESTAR LA DEMANDA** de la referencia, en los siguientes términos:

**EN CUANTO A LOS HECHOS**

Se aceptan todos y cada uno de los hechos relacionados con la actividad del demandante así como del reconocimiento de la asignación de retiro y la conclusión del procedimiento administrativo. Con relación al reconocimiento que busca el demandante en cuanto al reajuste solicitado, la Entidad se opone pues se consideran debate dentro del proceso.

**EN CUANTO A LAS PRETENSIONES, DECLARACIONES Y/O CONDENAS**

La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, se opone a todas y cada una de ellas, así como a



SC5821-1 SA- OS-  
CER366117 CER357757

PBX:(57) (1) 3537300. www.cremil.gov.co  
FAX:(57) (1) 3537306. Carrera 13 # 27-00.  
Linea Nacional: 01 8000 912090. Bogotá-Colombia.

f Cremilco @Cremil\_co Instagram Cremil\_co



La seguridad  
es de todos

Mindefensa



**CREMIL**  
Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

la condena en costas, salvo los actos administrativos expedidos por la entidad y los documentos que obran en el expediente administrativo.

### ANTECEDENTES

La Caja de Retiro de las FF.MM., reconoció asignación de retiro al señor Soldado Profesional (R) del Ejército Nacional UBANER OCHOA GALLEGO, mediante Resolución N°.4414 del 31 de mayo de 2017, a partir del 30 de abril de 2017, por haber acreditado un tiempo de servicio de 20 años, 06 meses y 22 días. Dicho reconocimiento se efectuó de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y de acuerdo con lo dispuesto en la hoja de servicios militares del actor.

Con escrito recibido y radicado en esta Caja, el actor solicitó: la reliquidación y reajuste de la asignación de Retiro, tomando como base el artículo 1, inciso 2 del Decreto 1974 del 14 de septiembre de 2000 y se ordene liquidar la asignación teniendo en cuenta el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, adicionando un 38,5% de la prima de antigüedad, la inclusión como partida computable de la duodécima parte de la prima de navidad, la reliquidación del subsidio familiar y la reliquidación con la inclusión de la prima de orden público. En consecuencia de lo anterior, se dio respuesta desfavorable a lo solicitado N°.1210099 del 20 de febrero de 2019.

### RAZONES DE LA DEFENSA

#### **CORRECTA APLICACIÓN DE LA FORMULA DE LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO - PRIMA DE ANTIGÜEDAD**

Indica el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004: *"(...) 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".*

En este punto es necesario tener en cuenta la Sentencia proferida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda Consejero Ponente William Hernández Gómez del 25 de abril de 2019 radicado número 85001333300220130023701 en el cual manifiesta frente a la prima de antigüedad lo siguiente: *"...38.5% de la prima de antigüedad, porcentaje que, en todo caso, se obtiene a partir del valor del ciento por ciento del salario mensual. En otras palabras, se debe calcular a partir del 70% del salario devengado que percibía mensualmente, y, al resultado de este valor, se lo debe sumar el 38.55% de la prima de antigüedad."*

En el fallo ya mencionado el alto Tribunal refiere la forma en la cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, liquidaba la Prima de Antigüedad de en los siguientes cálculos; Sobre este

aspecto, CREMIL considera que del tenor literal de la norma se desprende que el salario debe adicionarse con el porcentaje de la prima de antigüedad, y sobre ese resultado calcular el 70%, así:

$$(\text{Salario} + \text{prima de antigüedad}) * 70\% = \text{Asignación de Retiro}$$

Para la sala de acuerdo a lo referido en el mencionado fallo dicha interpretación no corresponde porque se estaría afectando la correspondiente:

*Para la Sala, tal interpretación no corresponde a lo previsto por la aludida disposición, toda vez que al obtener el porcentaje del 70% sobre la sumatoria del salario mensual adicionado con el 38,5%, se estaría afectando indebidamente el porcentaje de la prima de antigüedad y el valor total de la asignación de retiro.*

*(...)*

*Se observa entonces que el resultado que arrojan las hipótesis propuestas es distinto, pues en el segundo escenario se obtiene un valor mayor. De manera que la interpretación de la entidad conlleva un detrimento para el soldado que pasa a situación de retiro. En este sentido, considera la sala que calcular la prestación en el 70% de la asignación salarial sumada con el porcentaje de la prima de antigüedad es una interpretación que soporta una doble afectación de esta última partida, consecuencia que la ley no prevé y que va en perjuicio del derecho.*

*Además, aunque de la literalidad de la norma no se evidenciara su correcta aplicación, en caso de duda sobre los conceptos que deben ser afectados con el porcentaje del 70%, lo propio sería optar por la interpretación más favorable al extremo débil de la relación laboral, que para el caso sería el soldado que pasa a situación de retiro tras 20 años de servicio. Así las cosas, en aplicación del principio de favorabilidad, lo procedente es elegir la segunda de las interpretaciones propuestas.*

*También resulta importante precisar que el 38.5% de la prima de antigüedad a la que se refiere el precepto normativo en comento, se calcula a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro. En efecto, el artículo 13.2.2 del Decreto 4433 de 2004, al señalar como partida computable de la asignación de retiro la prima de antigüedad remite a los porcentajes previstos por el artículo 18 ejusdem, que en el numeral 18.3.7, dictamina que el valor del aporte a CREMIL sobre el factor bajo estudio sea liquidado sobre el 38.5%, a partir del año 11 de servicio.*

*Todo lo anterior lleva a concluir que el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 debe interpretarse de la siguiente forma:*

$$(\text{SALARIO} \times 70\%) + (\text{SALARIO} \times 38.5\%) = \text{ASIGNACIÓN RETIRO}$$



La seguridad  
es de todos

Mindefensa



**CREMIL**  
Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

## APLICACIÓN DE LA RELIQUIDACIÓN DE PRIMA DE ANTIGÜEDAD ESTABLECIDA EN LA SENTENCIA DE UNIFICACIÓN POR PARTE DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

En aras de dar una mayor facilidad en el trámite administrativo y dar cabal cumplimiento a lo ordenado por la sentencia de unificación en lo referente a la reliquidación de la prima de antigüedad para aquellos soldados e infantes de marina que creen tener el derecho, se hará uso del mecanismo de extensión de jurisprudencia establecido en el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011:

### *ARTÍCULO 102. EXTENSIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO A TERCEROS POR PARTE DE LAS AUTORIDADES.*

*Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.*

*Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes:*

- 1. Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada.*
- 2. Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso.*
- 3. Copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor.*

*Si se hubiere formulado una petición anterior con el mismo propósito sin haber solicitado la extensión de la jurisprudencia, el interesado deberá indicarlo así, caso en el cual, al resolverse la solicitud de extensión, se entenderá resuelta la primera solicitud.*

*La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente.*

*Esta decisión se adoptará dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción, y las autoridades podrán negar la petición con fundamento en las siguientes consideraciones:*

- 1. Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas*

para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados.

2. Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos.

3. Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269.

Contra el acto que reconoce el derecho no proceden los recursos administrativos correspondientes, sin perjuicio del control jurisdiccional a que hubiere lugar. Si se niega total o parcialmente la petición de extensión de la jurisprudencia o la autoridad guarda silencio sobre ella, no habrá tampoco lugar a recursos administrativos ni a control jurisdiccional respecto de lo negado. En estos casos, el solicitante podrá acudir dentro de los treinta (30) días siguientes ante el Consejo de Estado en los términos del artículo 269 de este Código.

<Inciso **CONDICIONALMENTE** *exequible*> La solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Los términos para la presentación de la demanda en los casos anteriormente señalados se reanudarán al vencimiento del plazo de treinta (30) días establecidos para acudir ante el Consejo de Estado cuando el interesado decidiere no hacerlo o, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 de este Código.

**INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO PARA INCLUIR Y LIQUIDAR COMO PARTIDA COMPUTABLE LA DUODÉCIMA DE LA PRIMA DE NAVIDAD, EN LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DEL SOLDADO PROFESIONAL**

El Consejo de Estado mediante Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019, bajo radicado 85001-33-33-002-2013-00237-01 C.P., William Hernández Gómez determinó cuales son las partidas computables:

*En conclusión, en virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno, en uso de sus facultades constitucionales o legales, fijan el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.*



La seguridad  
es de todos

Mindefensa



**CREMIL**  
Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:

1. Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.

2. Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.

Concluyendo lo anteriormente mencionado, se determina que existen dos partidas computables para la asignación de retiro de los soldados e infantes de marina retirados las cuales son: Salario Base más la prima de antigüedad, es por ello que no es posible incluir alguna partida que no esté taxativamente en la ley.

Es preciso señalar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se estableció la partida computable denominada de la Prima de Navidad, para ser tenida en cuenta en las liquidaciones de las asignaciones de los oficiales y suboficiales, así pues señala la norma:

*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:*

*13.1 Oficiales y Suboficiales: (...)*

*13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.*

No obstante lo anterior, y tal como puede apreciarse esta partida se estipulo para los oficiales y suboficiales, razón por la cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES no liquido esta partida en la asignación de retiro del actor, obrando de conformidad con el mandato legal.

Ahora bien tal como se puede apreciar en el artículo 13 IBÍDEM, Numeral 13.2 las liquidaciones de los soldados profesionales deben realizarse teniendo en cuenta: "**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**".

Dicha norma se constituye entonces en una disposición de carácter especial que prima sobre las demás normas generales y deroga las normas especiales que le fueron contrarias. (Artículo 45 del decreto 4433 de 2004).

Por consiguiente, al revisar la norma antes transcrita, se encuentra que para efectos de reconocimiento de asignación de retiro, **en forma taxativa se consagraron los parámetros, condiciones y porcentajes, que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento**, la norma en forma expresa establece la forma de reconocer la asignación de retiro, sin entrar a contemplar ni siquiera la posibilidad de factores adicionales, como en un momento dado podría ser la partida de la prima de navidad.

De otra parte es preciso señalar que de conformidad con lo dispuesto en el PARÁGRAFO del ya citado artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 se establece: "**PARÁGRAFO. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.**"

Existe por tanto, una prohibición expresa para la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, para incluir primas, subsidios y/o partidas computables distintas a las que taxativamente consagró la ley.

**Adicionalmente la 1/12 parte de la prima de navidad es un derecho que los soldados profesionales nunca han percibido, por tanto, mal puede pretenderse que en retiro se reconozcan partidas computables que no fueron reconocidas ni siquiera en actividad.**

#### **SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE**

Con respecto a la pretensión de inclusión de la partida mencionada el Decreto 4433 de 2014, dispone: "**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**"

Mediante Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019 bajo radicado **85001-33-33-002-2013-00237-01**, aclarada mediante auto del 10 de octubre de 2019 C.P, **William Hernández Gómez** determinó que el subsidio familiar NO es partida computable para aquellos soldados e infantes de marina retirados que antes de julio del año 2014, hayan sido beneficiarios de la asignación de retiro, así lo afirmó este alto tribunal:



La seguridad  
es de todos

Mindefensa



**CREMIL**  
Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

*Es de anotar que si bien con ocasión del Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, fue tan solo hasta la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 que tal partida se consagró como computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues con anterioridad a dicha fecha no existía disposición legal que así la contemplara.*

Adicionalmente, el Consejo de Estado concluye lo siguiente: *"En conclusión los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2001 y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida".*

Así las cosas, no es posible incluir el subsidio familiar como partida computable para aquellos soldados e infantes de marina que causaron su derecho de asignación de retiro antes del mes de julio del año 2014 y los que se les reconoció asignación de retiro con posterioridad al mes de julio de 2014, se les reconocerá el 30% conforme a lo estipulado en el Decreto 1794 del 2001, conforme a lo relacionado y dicho por el Consejo de Estado.

#### **LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES. CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES:**

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa, encargado de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensión de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho, con sujeción a la normatividad aplicable y vigente a la fecha de reconocimiento.

Al respecto, es del caso señalar que desde la misma Constitución de 1886, los derechos y obligaciones, así como el régimen de carrera, prestacional y disciplinario de los miembros de las Fuerzas Militares, han hecho parte de un régimen especial que les es propio, diferente del régimen general al cual hacen parte todos los demás trabajadores; dicha situación actualmente se encuentra contenida en el artículo 217 inciso 3 de nuestra carta magna, el cual reza: *"La ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que le es propio."*

En desarrollo del anterior precepto constitucional, se han proferido diferentes disposiciones legales, por los cuales se reglamenta y organiza la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares como son los Decretos 3071 de 1968, Decreto 2337 de 1971, Decreto 612 de 1977, Decreto 089 de 1984, Decreto 1211 de 1990 y Decreto 2070 de 2003, encontrándose en la actualidad vigente el Decreto Ley 1211 de 1990 modificado en algunos apartes por el Decreto Ley 1790 de 2000 y

actualmente vigente el decreto 4433 del 31 de Diciembre de 2004, normas estas de carácter especial que priman sobre las generales.

### **EN RELACIÓN CON LAS COSTAS PROCESALES Y AGENCIAS EN DERECHO**

El Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA - Ley 1437 de 2011) establece respecto a la condena en costas lo siguiente: "*Artículo 188. CONDENEN EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*" (Actual Código General del Proceso) (Subrayados fuera del texto original).

A su turno, los incisos 5 y 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso facultan al juez para decidir sobre las costas, señalando textualmente lo siguiente:

**Artículo 365. Condena en costas.**

*En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*

*8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.* (Subrayados fuera del texto original).

La jurisprudencia ha definido las costas procesales como aquellos gastos que se deben sufragar en el trámite de un proceso y éstas se componen de expensas y agencias en derecho. Las expensas son las erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado, como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos, los impuestos de timbre, copias, registros, pólizas, entre otras, mientras que las agencias en derecho, sí corresponden a los gastos u honorarios del abogado, que el Juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora (Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 5 de octubre de 2001, Exp.12425).

Por consiguiente, en materia de lo Contencioso Administrativo, la condena en costas no se rige por un concepto objetivo, sino que exige por parte del operador jurídico una **valoración subjetiva** para su condena, no basta simplemente que la parte sea vencida, sino que debe realizarse una valoración de las conductas desplegadas por esa parte vencida. En otras palabras, solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan causas para hacerlo, y en la medida de su comprobación.

En ese sentido, y de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, "*la norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de disponer, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia*"



La seguridad  
es de todos

Mindefensa



Fiscalía de la Defensa



**CREMIL**  
Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

Visto lo anterior, para el presente caso, se tiene lo siguiente:

1. La Entidad dio contestación a la demanda, aportando los antecedentes del Acto Administrativo demandado, en cumplimiento de lo señalado en el artículo 175 del CPACA.
2. La entidad acudió oportunamente a realización de la audiencia inicial.
3. La Entidad no realizó actos dilatorios, ni temerarios ni encaminados a perturbar el procedimiento.

En conclusión, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares no ha realizado actos dilatorios, ni temerarios, ni encaminados a perturbar el procedimiento, habiéndose limitado a realizar actos propios a la defensa judicial. Por tal motivo, **respetuosamente se solicita a su señoría no imponer condena en costas y agencias en derecho.**

#### **NO CONFIGURACIÓN A LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD**

Sobre la presunta vulneración del **DERECHO A LA IGUALDAD**, consagrado en la Constitución Nacional en el artículo 13, cabe traer a colación los pronunciamientos efectuados por el Máximo Tribunal Constitucional, en Sentencia No. C-387/94, Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ, en los siguientes términos:

*(...) Sobre el derecho a la igualdad esta Corporación a través de su Sala Plena y de las Salas de Revisión de Tutelas, ha hecho múltiples pronunciamientos, en los cuales ha definido en qué consiste este derecho, la diferencia entre la igualdad formal y la material y cuándo la diferencia de trato no implica necesariamente discriminación. Valga citar, entre otras, la sentencia C-472/92 cuyo ponente fue el Magistrado José Gregorio Hernández Galindo y en la cual se expresó:*

*Existe, pues, un principio general de igualdad entre las personas, cuyo carácter no puede tomarse como absoluto, ya que el supuesto del cual se parte no es el de la plena identidad entre los individuos (igualdad de hecho), de suyo imposible, sino el de una esencia común perfectamente compatible con la natural diversidad de caracteres, propiedades, ventajas y defectos de cada uno y con las distintas circunstancias en medio de las cuales actúan. De ahí que la igualdad ante la ley en su genuina concepción jurídica, lejos de significar ciega uniformidad, representa razonable disposición del Derecho, previa ponderación de los factores que inciden de manera real en el medio dentro del cual habrá de aplicarse y de las diversidades allí existentes (...)*

*La igualdad es un principio relacional en el que intervienen por lo menos dos elementos: las situaciones de hecho que se comparan y el criterio de comparación o 'patrón de igualdad' (también llamado 'tertiumcomparationi'). Las dificultades de interpretación pueden provenir del aspecto fáctico o del aspecto valorativo. En la primera de estas situaciones se presenta un problema de verdad o fáctico que debe ser resuelto con base en elementos probatorios empíricos. En la segunda, en cambio, el problema es de tipo normativo y debe ser*

*solucionado a partir de algún método de interpretación que les proporcione sentido a los enunciados, de manera que la comparación de las situaciones concretas sea posible.*

*Esta segunda manifestación aparece sobre todo en aquellos casos en los que el patrón de igualdad no expresa un hecho comprobable empíricamente, sino un deber ser o un valor."*

*Y más adelante se refirió al tema del trato diferencial, el cual no se considera en sí mismo discriminatorio y señaló los requisitos que deben cumplirse para que dicho trato se justifique:*

*(...) el trato diferenciado de dos situaciones de hecho diversas no constituye una discriminación siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: primero, que los hechos sean distintos; segundo, que la decisión de tratarlos de manera diferente esté fundada en un fin aceptado constitucionalmente; tercero, que la consecución de dicho fin por los medios propuestos sea posible y además adecuada. Como se ve, cada una de estas condiciones corresponde al papel que juegan los tres elementos -fáctico, legal o administrativo y constitucional- en la relación que se interpreta. Por eso, la primera condición pertenece al orden de lo empírico (hecho), la segunda hace parte del orden de lo válido (legalidad) y la tercera del orden de lo valorativo (constitución). (...)*

Se tiene entonces, que el principio de igualdad se predica solo entre iguales, por lo que en el presente caso NO se ha vulnerado el derecho a la igualdad, por cuanto se reitera **fue el legislador quien estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, a través del Decreto 4433 de 2004 y el Decreto 1162 del 24 de junio del 2014, decretos que actualmente se encuentran vigentes y los cuales no han sido objeto de demandas de legalidad que afecten su vigencia; por lo tanto en el evento en que el actor presente algún tipo de inconformidad frente a las normas que sirvieron de fundamento para el reconocimiento debe acusar las mismas, por cuanto a esta Caja le está vedado efectuar interpretaciones de las mismas o hacerlas extensivas a personal para el cual no fueron establecidas.**

Al respecto es preciso señalar que no le corresponde a esta Caja, efectuar interpretaciones, ni juicios de valor, apartándose de lo establecido en la norma especial aplicable a cada uno de los miembros de la fuerza pública, siendo del caso indicar que los Oficiales y Suboficiales de las fuerzas militares tienen una disposición especial, los miembros de la policía Nacional cuentan con otras disposiciones, el personal civil tiene otras disposiciones y los soldados profesionales también cuentan con su regulación especial sobre la materia; debiendo la Entidad reconocedora de la prestación aplicar en su integridad tales disposiciones y de no hacerlo, se estaría asumiendo una carga prestacional que no le corresponde; sin embargo es preciso señalar que el derecho a la igualdad, solo se predica entre iguales.

De los planteamientos expuestos se colige que la Entidad actuó conforme a derecho y los actos administrativos proferidos gozan de presunción de legalidad.



La seguridad  
es de todos

Mindefensa



**CREMIL**  
Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

## **NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**

Sobre el particular cabe resaltar que las actuaciones realizadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares; en consecuencia, estas actuaciones no se enmarcan en ninguna de las causales de nulidad y por ende no se encuentran viciadas de – **FALSA MOTIVACIÓN**, para lo cual es oportuno realizar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, el Honorable Consejo de Estado, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA -SUBSECCION "A", en SENTENCIA N° 10051 DE 1998, del 19 de marzo de 1998, CONSEJERA PONENTE: DOCTORA CLARA FORERO DE CASTRO, así: *"...La falsa motivación se configura cuando para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad. La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica, y ella debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable. (...)"*

En el caso bajo estudio, la Entidad ha actuado con apego a la ley y los actos administrativos expedidos se encuentran amparados bajo la presunción de legalidad, motivo suficiente para desestimar las suplicas de la demanda.

## **NO CONFIGURACIÓN DE CAUSAL DE NULIDAD**

De otra parte, es preciso señalar que el artículo 137 del C.P.C.A, establece cuando es procedente declarar la nulidad de los actos administrativos, así:

- Cuando los actos administrativos infrinjan normas en que debían fundarse.
- Cuando hayan sido expedidos por funcionarios u órganos incompetentes.
- Cuando hayan sido expedidos en forma irregular.
- Cuando hayan sido expedidos con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa.
- Cuando hayan sido expedidos con falsa motivación.
- Cuando hayan sido expedidos con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

En el caso bajo estudio, no se da causal alguna de nulidad de los actos administrativos proferidos y por el contrario las actuaciones realizadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares.

## **EXCEPCIÓN MIXTA**

**FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, EN CUANTO AL RECONOCIMIENTO, INCLUSIÓN Y PAGO DE LA PRIMA DE ORDEN PÚBLICO CON INCREMENTO AL 25%.**

62

Respecto de ésta pretensión, vale la pena recordar, que de conformidad con el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 se determinaron los factores a reconocer en las asignaciones de retiro. En la citada norma no se encuentra contemplada como partida computable La Prima de Orden Público, tal y como se indicó en el oficio de respuesta de CREMIL, acto administrativo hoy demandado.

Por lo anterior, la entidad procedió a dar traslado de la petición del hoy demandante, al Director de Personal del Ejército Nacional mediante comunicación N°.1210104 del 28 de febrero de 2019, para que atienda este asunto por ser de su competencia.

Aunado a lo anterior y tal como lo establece el Decreto 4433 de 2004 en su artículo 13 párrafo único que describe lo siguiente: *"PARAGRAFO: EN adición a las partidas específicas señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios, y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales."*

Teniendo en cuenta la normatividad que precede, se hace necesario realizar la siguiente interpretación jurídica, frente al reconocimiento de la BONIFICACION O PRIMA DE ORDEN PUBLICO, como partida computable dentro de la asignación de retiro, de la siguiente manera:

El Decreto 1211 de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y sub oficiales de las Fuerzas Militares, prevé la prima de orden público, así:

*Art. 98.- Prima de Orden Público. Los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares que presten sus servicios en lugares donde se desarrollen operaciones militares para restablecer el orden público, tendrán derecho a una prima mensual de orden público equivalente al veinticinco por ciento (25%)*

*El Ministerio de Defensa Nacional determinará las zonas y condiciones en que deba pagarse esta prima (...)*

*Tanto el Artículo 98 como el 44 de los Decretos 1211 y 1214 de 1990, definen la prima de orden público como una prima mensual equivalente a un porcentaje sobre el sueldo básico; de tal manera que cumplidos los requisitos circunstanciales de la resolución Ministerial 10412 de 1995 y el requisito de temporalidad de cinco (5) días, se adquiere el derecho a devengar la prima y su liquidación ha de efectuarse de la manera indicada por el legislador especial en los decretos 1211 y 1214 de 1990, es decir, aplicando el porcentaje previsto en los Decretos Leyes sobre el sueldo básico; sin que sea posible advertir del contenido de la norma que ésta deba ser cancelada en proporciones o porcentajes distintos a los indicados, es decir que el porcentaje es fijo y la base para su cálculo es el sueldo básico, asignación mensual fijada por el ejecutivo como contraprestación principal y directa que recibe el trabajador por sus servicios prestados.(...)*

Por las razones expuestas, no es dable entrar a reconocer una partida computable que no tiene



La seguridad  
es de todos

Mindefensa



**CREMIL**  
Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

derecho el demándate, por lo que respetuosamente solicito a su señoría declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de CREMIL en cuanto al reajuste solicitado.

### **Prescripción del Derecho**

En gracia de discusión, si al actor le asistiera algún derecho con respecto a las pretensiones de la presente demanda, no podría reconocérsele por cuanto el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 establece la prescripción de las mesadas en tres años, contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles, por lo tanto y en el evento en que no se acojan los planteamientos expuestos por esta Caja, se debe declarar la prescripción del derecho.

El Referido planteamiento fue ratificado por la aclaración emitida el 10 de octubre de 2019 de la sentencia de unificación 85001-33-33-002-2013-00237-01 en el cual se indica lo siguiente en su parte resolutive lo siguiente: "**Primero: Aclarar** la regla contenida en el numeral 8. ° del ordinal 1. ° de la sentencia de unificación SUJ-015-CE-S2-2019 proferida el día 25 de abril de 2019 por esta Sección, en el sentido de indicar que la regla sobre prescripción que debe aplicarse para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales es la contenida en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004."

En consecuencia, con todo respeto solicito a este Honorable Despacho, declarar probada la excepción.

### **PRUEBAS**

De conformidad con el parágrafo 1º. Del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011 esta entidad pública demandada allega copia del expediente administrativo en lo que se refiere a los antecedentes que dieron origen a la controversia, en TREINTA TRES (33) folios, además de los siguientes documentos:

- Hoja de servicios del titular de la prestación.
- Acto administrativo de reconocimiento de la Asignación de Retiro.
- Respuestas a Derechos de Petición por parte de CREMIL.
- Traslado por competencia al Ministerio de Defensa.

Así mismo, me permito indicarle al Despacho de la manera más respetuosa que el expediente administrativo del militar lo conforman varios cuadernillos, entre ellos: correspondencia, embargos, cumplimiento de sentencias (por diferentes asuntos), subsidio familiar, etc., por lo que no se remite la totalidad de este por considerar que no constituyen una prueba conducente y pertinente dentro de esta causa en tanto que sí se generan costos a cargo del erario.

6A

No obstante, lo anterior, si el señor Juez considera que se debe aportar la totalidad de los cuadernillos que conforman el expediente administrativo del militar en forma inmediata esta defensa estará presta a atender su solicitud.

#### ANEXOS

1. Poder para actuar
2. Decreto de nombramiento de Director General.
3. Acta de posesión del Director General de la Caja de Retiro de las FF.MM.
4. Certificación de ejercicio del cargo del Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
5. Resolución No. 6810 del 01 de noviembre de 2012, por la cual se hacen unas incorporaciones.
6. Acta de posesión No. 054 del 06 de noviembre de 2012, por la cual se asumen funciones.
7. Resolución No 30 del 04 de enero del 2013.

#### NOTIFICACIONES

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, al señor Teniente Coronel (RA) **JUAN CARLOS LARA LOMBANA**, Director General y Representante Legal (E) tiene domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., y recibe notificaciones en el Edificio Bachué, Carrera 10 No. 27-27 Oficina 214.

Adicionalmente y para los efectos de notificaciones y comunicaciones establecidas en la Ley 1437 de 2011 me permito indicar que la dirección oficial por medio electrónico es la siguiente: [notificacionesjudiciales@cremil.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@cremil.gov.co) o por medio de la página web de la Entidad [www.cremil.gov.co](http://www.cremil.gov.co) link notificaciones judiciales.

El suscrito apoderado en Bogotá D.C. en el Edificio Bachué, Carrera 10 No. 27-27, teléfono 3537300. EXT. 2288, teléfono móvil personal número 315 3518001, correo electrónico institucional [notificacionesjudiciales@cremil.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@cremil.gov.co)

Cordialmente,



**ROBERTO JHONNYs NEISA NUÑEZ**

C.C.80.203.856 de Bogotá

T.P. No.272.126 del C.S.J.

Anexo: SESENTA Y DOS (62) Folios.