

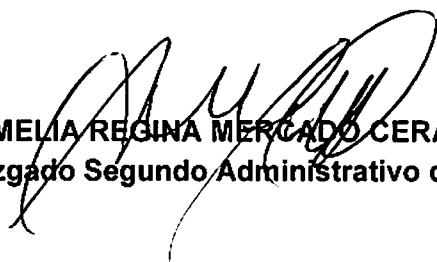


TRASLADO DE EXEPCIONES
ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011

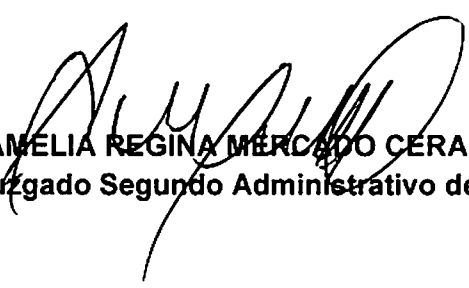
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-002-2017-00111-00
Demandante/Accionante	OLEGARIO VASQUEZ ELLES
Demandado/Accionado	CREMIL

La Suscrita Secretaria del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, corre traslado a la contraparte de las excepciones propuestas en la contestación de demanda por EL DEMANDADO, por el término de tres (3) días en un lugar visible de la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos del Circuito de Cartagena y en la página web de la Rama Judicial www.ramajudicial.gov.co. Hoy TRECE (13) DE DICIEMBRE de dos mil diecisiete (2017)).

EMPIEZA EL TRASLADO: CATORCE (14 DE DICIEMBRE DE DOS MIL DIECISIETE (2017) A LAS 8:00 A.M.


AMELIA REGINA MERCADO CERA
Secretaria Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena

VENCE TRASLADO: DIECIOCHO (18) DE DICIEMBRE DOS MIL DIECISIETE (2017) A LAS 5:00 P.M.


AMELIA REGINA MERCADO CERA
Secretaria Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena

Centro Avenida Venezuela, Calle 33 No. 8-25 Edificio Nacional-Primer Piso
E-Mail: stadcgena@cendoj.ramajudicial.gov.co
Teléfono: 6642718



30/AGO/2017 04:45 P. M. LGRANADOS

DEST: JUZGADO 2 ADMINISTRATIVO
ATN: JUZGADO 2 ADMINISTRATIVO
ASUNTO: COMUNICACION - CONTESTACIÓN
REMITENTE: LUIS FELIPE GRANADOS ARIAS - GRUPO DE
EJECUCIÓN 41
AL CONTESTAR DITE ENTE N°: 0052423
CONSECUTIVO: 2017-52426



Bogotá, D. C.

CERTIFICADO
CREMIL: 71587
SIOJ: 76383

No. 212

Señores

JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA DE INDIAS
Avenida Daniel Le maître Calle 32 No. 10 -129 Oficina 302 Centro
CARTAGENA - BOLIVAR
E. S. D.

Asunto: CONTESTACIÓN DE DEMANDA (Soldados e Infantes de Marina Profesionales)

REFERENCIA: 2017-00111
DEMANDANTE: OLEGARIO VASQUEZ ELLES
DEMANDADA: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

LUIS FELIPE GRANADOS ARIAS, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 1.022.370.508 de Bogotá DC, Abogado con Tarjeta Profesional No. 268.988 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 EVERARDO MORA POVEDA en su calidad de Jefe de la Oficina 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 LAS DECLARACIONES - CONDENAS Y HECHOS

La caja de retiro de las fuerzas militares se opone a las condenas a título de restablecimiento del derecho, así como a la condena en costas y agencias en derecho.

Se aceptan los hechos relacionados con el reconocimiento de la prestación, esto es el reconocimiento de la asignación de retiro y la conclusión del procedimiento administrativo, frente a los demás la entidad se opone.

ANTECEDENTES



La Caja de Retiro de las FF.MM., reconoció asignación de retiro al señor **OLEGARIO VASQUEZ ELLES Infante de Marina Profesional ®**, mediante **Resolución No. 7711** del 05 de septiembre de 2014, con efectos a partir del 21 de octubre de 2014, por haber acreditado un tiempo de servicio de 20 años, 06 meses y 19 días.

Dicho reconocimiento se efectuó de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y de acuerdo a lo dispuesto en la hoja de servicios militares del actor, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 234 y 235 del decreto ley 1211 de 1990.

Con escrito recibido y radicado en esta Caja, el actor a través de apoderado solicitó el aumento del porcentaje del subsidio familiar, inclusión del porcentaje de la doceava de la prima de navidad, modificación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro, incremento del sueldo básico del 40 al 60%, entre otras, de conformidad con lo establecido en el párrafo segundo del artículo 01 del Decreto 1794 de 2000, entre otras, a lo cual se dio respuesta con oficio de salida, 2017-72442 28/11/2016 - 2017-2946 01/02/2017.

ARGUMENTOS DE DEFENSA

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 Nacional, 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 le 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.

EXCEPCIONES

EXISTENCIA DEL RECONOCIMIENTO E INCLUSION DEL SUBSIDIO FAMILIAR COMO PARTIDA COMPUTABLE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO

Es preciso señalar que solamente a partir de la expedición de la Ley 923 de 2004 y su Decreto reglamentario 4433 del mismo año, se le dio la oportunidad a los soldados profesionales de acceder a una asignación de retiro, modificándose sustancialmente lo establecido sobre el particular contenido en los decretos 1793 y 1794 de 2000.

Es así que el citado Decreto 4433 de 2004, dispone:

"ARTICULO 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." (s.f.t.)

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)

De otra parte, es de indicar que mediante Decreto 1162 del 24 de Junio de 2014, se ordenó el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable de la Asignación de retiro de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina de las Fuerzas Militares, en los siguientes términos:

"Artículo 1. A partir de julio de 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan (...)"

Disposición que fue plenamente cumplida por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, tal como se puede evidenciar en la Resolución de Reconocimiento del aquí demandante, por tanto, y al estar dicho decreto vigente en el ordenamiento jurídico, es del caso precisar que no se desvirtúa la presunción de legalidad.

Así pues, al revisar la normatividad 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**, dentro de los cuales encontramos los siguientes:

- Acreditación de un tiempo de servicio de 20 años.
- Cuantía fija de asignación de retiro en un 70%.
- Porcentaje fijo de prima de antigüedad equivalente al 38.5%.
- Subsidio Familiar en un 30% de Conformidad con el Decreto 1162 de 2014.

Al respecto, nótese como 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.

Aunado a lo anterior, es preciso traer a colación lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, el cual dispone cuales son las partidas que deben ser liquidadas en cada caso, para efectos de reconocimiento de asignación de retiro así:

"ARTICULO 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:

(...)

13.2. 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, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales" (n.f.t., s.f.t)

De la norma anteriormente transcrita, se colige que la entidad demandada aplica la normatividad legal vigente al momento de los hechos, para los respectivos reconocimientos de asignaciones de retiro, ajustándose estrictamente a las partidas señaladas, en las cuales está consagrada expresamente el subsidio familiar como partida computable en un porcentaje del 30% dentro del reconocimiento de asignación de retiro, para los Soldados Profesionales, razón suficiente para NO DESVIRTUAR LA PRESUNCION DE LEGALIDAD de los actos demandados.

Sobre el tema de las partidas computables, se ha pronunciado el H. Consejo de Estado, negando las súplicas de la demanda, por ejemplo en fallo de fecha 22 de enero de 2004, siendo Magistrada Ponente la Dra. Ana Margarita Olaya Forero, al señalar:

"... dirá la Sala que tal factor no está contemplado para efectos de la liquidación de la asignación de retiro, por no estar en listado dentro de las partidas señaladas en el artículo 158 del Decreto 1211 de 1990. Es más, la misma norma de manera categórica en su Parágrafo, establece lo siguiente: Parágrafo. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, será computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales".

En similar sentido, el H. Consejo de Estado, en fallo de fecha 27 de julio de 2006, radicado 4094-05, dentro del proceso promovido por el señor Álvaro Alfonso Báez Betancourt, dispuso:

219

"De otra parte, es preciso señalar que el legislador goza de cierta autonomía y libertad para establecer que componentes constituyen factores para liquidar prestaciones como la discutida en esta litis; por ello, desacertado el argumento del demandante de pretender que no puede el legislador limitar, para efectos de determinada prestación, algunos factores que devengan en servicio el funcionario, pues no existe justificación constitucional y legal que impida que determinada prestación social se liquide sin tener en cuenta el monto de lo devengado."

En más recientes pronunciamientos el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección "A", en fallo de fecha 10 de mayo de 2007, siendo Magistrado Ponente el Dr. JOSE MARIA ARMENTA FUENTES, señaló sobre el tema:

"La forma explícita en que se regula cada uno de los derechos objeto de estudio no da margen a discusión jurídica, en la medida que es la propia ley la que de manera clara y taxativa establece los factores que deben tenerse en cuenta al momento de la liquidación de la asignación de retiro, excluyendo también de manera irrefutable los beneficios laborales con contenido económico que no pueden incluirse." (...) (negrilla y subrayado fuera de texto)

Adicionalmente, sobre el tema específico de los soldados profesionales, se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección A, siendo Magistrado Ponente el Dr. JOSE MARIA ARMENTA FUENTES, en fallo de fecha 16 de septiembre de 2010, dentro del proceso promovido por el señor JOSE MANUEL LEON FERNANDEZ, en el cual se expresó:

"En consecuencia, la normatividad citada aplicable al caso es el Artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 y el Decreto 1794 de 2000 en su artículo 1º, en los que se advierte que el subsidio familiar no es una partida computable en la asignación de retiro, toda vez que la norma que regula la materia no la establece como tal para los soldados profesionales del Ejército nacional.

Los razonamientos anteriores permiten deducir con claridad meridiana que dado el grado que ostentaba el accionante al momento de efectuarse el retiro del Ejército Nacional – Soldado Profesional-, no le está permitido legalmente continuar percibiendo el subsidio familiar en los porcentajes a los que se había hecho acreedor conforme a las previsiones dispuestas en el Decreto 4433 de 2004" (negrilla y subrayado fuera de texto)

De otra parte la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, tiene como objeto el reconocimiento de las asignaciones de retiro del personal de Oficiales, suboficiales y soldados profesionales; para lo cual aplica las disposiciones especiales vigentes para cada uno de ellos y a partir de la expedición de una hoja de servicios, en donde consta toda la información relacionada con el tiempo de servicio y el salario devengado, para fines prestacionales; documento que se constituye en la pieza idónea para el reconocimiento de la asignación de retiro por parte de la Entidad en los términos del artículo 234 y 235 del Decreto ley 1211 de 1990, así:

"Artículo 234. El reconocimiento de asignaciones de retiro y pensiones de beneficiarios que corresponde a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se hará conforme a la hoja de servicios adoptada por el Ministerio de Defensa." (s.f.f)

Igualmente el artículo 235 del citado estatuto, reza:

"La Hoja de servicios será elaborada de acuerdo con Reglamentación del Ministerio de Defensa Nacional y expedida por el Jefe de Personal, con aprobación del respectivo Comandante de la Fuerza."

Es así, 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 para el reconocimiento de la correspondiente prestación.

Teniendo en cuenta lo anterior y frente al caso en comento, tenemos que en la hoja de servicios militares correspondiente al actor, expedida por el Ministerio de Defensa, no se encuentra incluida la partida de subsidio familiar, dentro de las partidas computables para asignación de retiro, a la cual hace mención el accionante y sin que este hubiere controvertido dicho acto administrativo gozando de plena legalidad, por lo tanto y en gracia de discusión, el actor debió dirigirse ante la autoridad administrativa respectiva con el fin que le aclararan dicha situación y no pretender que la Caja asuma una carga prestacional que no le corresponde y entre a modificar una información careciendo de competencia para ello.

Al respecto, resulta preciso traer a colación lo establecido en el artículo 27 del CPC, así:

"cuando el sentido de la ley sea claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu"

Se tiene entonces que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, debe regirse por la normatividad vigente, sin omitir preceptos y sin darle un alcance diferente al establecido por el legislador, máxime cuando la norma no reviste motivos de duda que generen los métodos de interpretación de la ley diferentes al gramatical.

Visto lo anterior, tenemos que para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, el ejecutivo contempló el porcentaje por este concepto, por lo que se reitera que la negativa de la Entidad, tiene su fundamento en las disposiciones que regulan el reconocimiento de la asignación de retiro para los miembros de las fuerzas militares. (Decreto 4433 de 2004).

NO CONFIGURACION 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 le 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, Decreto que actualmente se encuentra vigente y el cual no ha 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.

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".*

Frente a este aspecto, esta defensa, encuentra suficientemente clara la norma que indica que el soldado profesional tiene derecho a que se le pague asignación mensual de Retiro, así:

$$\begin{aligned} \text{Salario Básico} &= \text{SMLMV (100\%)} + (\text{Incremento en un 40\%}) = 140\% \\ \text{Prima de Antigüedad} &= 38.5\% \end{aligned}$$

Asignación de retiro:

$$70\% = (\text{Sueldo Básico} + 38.50\% \text{ de Prima de Antigüedad})$$

Por consiguiente, siguiendo la uniformidad y secuencia de la norma, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al setenta por ciento (70%) de: salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como ha estado aplicando esta entidad.

Así lo indicó igualmente el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección "C" sentencia del 20 de Septiembre de 2013 proceso referencia No. 11001333503020120008601 Demandante: EDGAR ORLANDO MORA ACOSTA, Demandado: CREMIL, MP. AMPARO OVIEDO PINTO:

"Significa lo anterior, que los aportes sobre la prima de antigüedad para quienes están a tiempo de obtener la asignación de retiro y durante los últimos 11 años, se hará sobre el 38.5% y este porcentaje es parte de la base de liquidación, mas no corresponde en su totalidad para liquidar el monto de la asignación.

Y en cuanto al monto a la cuantía de la asignación de retiro, el artículo 16 dispuso (...)

Es decir que el monto de la asignación, es la proporción de la asignación y al leer con detenimiento la citada disposición se aprecia que dicho monto o cuantía de la asignación de retiro, es el setenta por ciento (70) de la base de liquidación, que es la suma de los factores salariales a tener en cuenta en la asignación de retiro, o sea que sumados los dos factores base de liquidación: salario incrementado en el 40%, más el 38.5% de la prima de antigüedad, se liquidará el 70%, tal como lo hizo la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a folio 13 del expediente, en un sano entendimiento de las disposiciones leídas". (s.f.t.)

Así mismo lo entendió el Departamento Administrativo de la Función Pública, en concepto rendido sobre este asunto (el cual se anexa como prueba), donde se encuentra ajustada a las disposiciones normativas, la fórmula y liquidación que efectúa la entidad.

FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES EN CUANTO AL REAJUSTE SOLICITADO CON EL SMLMV MÁS EL 60% - VINCULACION DEL MINISTERIO DE DEFENSA AL PROCESO JUDICIAL, EN CALIDAD DE LITISCONSORTE NECESARIO:

El apoderado del demandante solicita condenar a CREMIL a liquidar la asignación de retiro tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el Inciso 2 del Artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, el salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario.

Sobre este particular, el Consejo de Estado planteó el problema jurídico consistente en determinar *"si al ser incorporados como soldados profesionales, el salario básico de quienes venían como soldados voluntarios, debe fijarse en un mínimo incrementado en un 40%, en aplicación del inciso 1 de la norma en cita, o en un 60%, de acuerdo con lo dispuesto (en) su inciso 2" (*)*

Así, mediante **Sentencia de Unificación CE-SUJ2 850013333002 20130060 01 del 25 de Agosto de 2016**, Consejo de Estado, Magistrada Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez; Demandante: Benicio Antonio Cruz; Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa-Fuerzas Militares de Colombia-Ejército Nacional, aclarada mediante la **Sentencia Aclaratoria del 6 de Octubre de 2016**, esa corporación unificó la jurisprudencia sobre esta problemática, y **sin haber vinculado a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares**, decidió que con fundamento en el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, los soldados voluntarios posteriormente incorporados como profesionales, tienen derecho a ser remunerados mensualmente en el monto de un salario básico incrementado en un 60%. Así, en la parte resolutive del fallo, la corporación señaló textualmente lo siguiente:

"PRIMERO.- Por las razones indicadas en la parte motiva de esta providencia, **ACLARAR** el numeral 1 de la parte resolutive de sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 003/16 de 25 de agosto de 2016, el cual quedara así:

"PRIMERO.- UNIFICAR la jurisprudencia del Consejo de Estado en lo que tiene que ver con el reconocimiento del reajuste salarial reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente, en aplicación del **Decreto Ley 1793 de 2000** fueron incorporados como profesionales, en el entendido que el inciso 2 del artículo 1 del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 establece que los uniformados que reúnan tales condiciones, devengaran un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%(...)" (Subrayados y negrillas fuera del texto original).

"SEGUNDO.- Por las razones contenidas en la parte motiva de esta providencia, **ACLARAR** el numeral 7 de la parte resolutive de sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 003/16 de 25 de agosto de 2016. el cual quedara así:

"SEPTIMO.- La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente; teniendo en cuenta que deberá contabilizarse en cada caso en particular, teniendo en cuenta el momento en que se presente la respectiva reclamación por el interesado, mas no la fecha de ejecutoria de esta sentencia" (...) (Subrayados y negrillas fuera del texto original).

En este sentido, aunque la posición actual del Consejo de Estado es que a los señores Soldados Profesionales e Infantes de Marina debe incrementársele el salario mínimo en un 60%, también es cierto que se presenta una falta de legitimación en la causa por pasiva de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares debido a que la reclamación del reajuste salarial debe presentarse ante el Ministerio de Defensa Nacional, por ser la entidad encargada de pagar los salarios de los miembros activos de la Fuerza Pública y, consiguientemente, ser la entidad que expide la Hoja de Servicios en la cual se basa CREMIL para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro.

Es importante destacar que la señora Magistrada Sandra Lisset Ibarra Vélez ya venía sosteniendo esta posición por vía de Fallos de Tutela anteriores a la Sentencia de Unificación mencionada, tal como lo señaló en la sentencia 2016-01789 del 9 Agosto 2016, en los siguientes términos:

"Sin embargo, de la lectura de la providencia de 10 de mayo de 2016 cuestionada en sede de tutela se evidencia que el Tribunal Administrativo del Tolima sostuvo que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, autoridad a quien corresponde por la cancelación de las asignaciones pensionales, no estaba legitimada para comparecer al proceso como demandada respecto a la referida pretensión, en la medida en que encontró acreditado que el señor Efrén Castañeda Bejarano devengaba un salario mensual aumentado en el 40% cuando estuvo activo, razón por la cual debió encaminar su reclamación contra el Ministerio de Defensa Nacional, encargado de pagar los salarios de la Fuerza Pública" (Subrayados y negrillas fuera del texto original).

En consecuencia, se advierte que en el presente asunto se presentan unos supuestos facticos y juridicos que difieren de los demás que la subsección ha estudiado con anterioridad, en la medida en que en esta oportunidad el tribunal accionado revocó parcialmente la sentencia de primera instancia que había accedido al reajuste del salario mensual como partida computable para la reliquidación de la asignación de retiro, no por determinar que no le asistía el derecho al aumento del 60% sino que encontró una falta de legitimación en la causa por parte de la entidad demandada al no ser la competente para el pago de la asignación básica mensual de los miembros de la Fuerza Pública." (Subrayados y negrillas fuera del texto original).

"En este orden de ideas, la conclusión a la que arribó la corporación judicial accionada resulta razonable y acorde a derecho, en atención a que tal como lo

mencionó en el referido pronunciamiento judicial, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares es la competente de realizar las gestiones correspondientes al reconocimiento y pago de asignaciones de retiro, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 3 de la Ley 923 de 2004, solamente; de tal forma, la reclamación del reajuste salarial debió presentarse ante el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, máxime si se tiene en cuenta que en el expediente del proceso ordinario se encontró acreditado que durante el servicio activo, al tutelante le era pagada la asignación básica aumentada en un 40%”(Subrayados y Negrillas fuera del texto original).

Así mismo, mediante Fallo de Tutela Radicación 11001-03-15-000-2015-00380-00 (AC), Consejo de Estado Magistrado Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, y la Sentencia 2016-00989-00; Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección B; Magistrado Ponente: William Hernández Gómez; Actor: Javier Barón Berrio, esa Corporación también argumentó falta de legitimación en la causa por pasiva de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en cuanto a la problemática del incremento del 40% al 60 % del SMLMV de los señores Soldados Profesionales e Infantes de Marina.

En este contexto, resulta forzoso concluir que, si bien es cierto mediante sentencia del 25 de Agosto de 2016, el Consejo de Estado unificó jurisprudencia sobre esta problemática, también lo es que se trató de un caso contra la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, fallo que fue aclarado, se reitera, mediante pronunciamiento del 6 de Octubre de 2016, sin haber vinculado en esta problemática a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

En este orden de ideas, es importante destacar que 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, basada en la Hoja de Servicios que expide el Ministerio de Defensa.

En otras palabras, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y el Ministerio de Defensa son entidades completamente diferentes pues mientras que aquella es un establecimiento Público, descentralizado, con personería jurídica y con autonomía administrativa y financiera, este último es un órgano del sector central que se limita a ejercer un control de tutela sobre aquella. Así, y por la diversa naturaleza jurídica entre ambas entidades, se evidencia una falta de legitimación en la causa por pasiva de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, frente a la problemática del reajuste de los señores Soldados Profesionales e Infantes de Marina con el SMLMV más el 60%.

Por lo expuesto, respetuosamente se solicita a su señoría declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Caja de Retiro de las Fuerzas militares y, consiguientemente, sea vinculado al proceso el Ministerio de Defensa Nacional, en calidad de litisconsorte necesario.

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

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 consagro 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.

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 dentro de 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.

COSTAS PROCESALES Y AGENCIAS EN DERECHO

Tal como lo ha definido la jurisprudencia, las costas procesales, son 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, si corresponden a los gastos u honorarios del abogado, que el Juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en el numeral 3° del artículo 393 del C.P.C. (Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 5 de octubre de 2001, Exp. 12425).

La Ley 1437 de 2011 establece respecto a la condena en costas lo siguiente: "Artículo 188. **CONDENA 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."

Ahora bien, esta Ley remite expresamente al artículo 365 del Código General del Proceso que señala en sus incisos 5 y 8, 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

En gracia de discusión, si el señor Juez decide emitir condena en contra de la Entidad si llegase a prosperar parcialmente la demanda es legalmente válido de conformidad con lo expuesto exonerar a esta entidad de la condena en costas.

Finalmente, se debe precisar que el citado artículo 365 señala que solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan causadas y comprobadas.

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:

- Hoja de servicios del titular de la prestación
- Acto administrativo de reconocimiento de la Asignación de Retiro
- Derecho (s) de petición
- Contestación (es) de la petición. Oficios CREMIL

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 del mismo por considerar que no constituyen una prueba conducente y pertinente dentro de esta causa en tanto que si se generan costos a cargo del erario público.

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.

Solicito al Despacho tener como pruebas los antecedentes administrativos que dieron origen al Reconocimiento de la Asignación de Retiro del militar, así como las normas de carácter especial que rigen a la población de las Fuerzas Militares, como lo es el Decreto 4433 de 2004.

PETICIÓN ESPECIAL

Muy respetuosamente solicito a este despacho que la notificación para la audiencia inicial (Art. 180 L. 1437) me sea notificado al correo electrónico institucional: lgranados@cremil.gov.co.

ANEXOS

- Decreto de nombramiento y Acta de posesión del Director General de la Caja de Retiro de las FF.MM.
- Certificación de ejercicio del cargo del Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
- Resolución N° 30 del 04 de enero de 2013, por medio de la cual se delegan unas funciones relacionadas con la actividad de Defensa Judicial de la Caja de Retiro de las Fuerzas

Militares.

- Resolución No. 6810 del 01 de noviembre de 2012. por la cual se hacen unas incorporaciones.
- Poder a mi conferido

NOTIFICACIONES

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, al señor MG (RA) del Ejército **EDGAR CEBALLOS MENDOZA**, Director General y Representante legal tiene domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., recibe notificaciones en el edificio Bachué, Carrera 10 N° 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.

El suscrito apoderado en Bogotá D.C. en el Edificio Bachué, Carrera 10 N° 27-27, teléfono de la Entidad 3537300. EXT. 7355.

Atentamente,



LUIS FELIPE GRANADOS ARIAS
CC No. 1.022.370.508 de Bogotá D.C
T. P. No. 268.988 del C. S. de la J.
Anexo: (1) Folios 41