



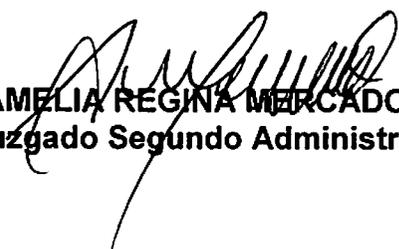
REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE CARTAGENA

TRASLADO DE EXCEPCIONES

MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN : 13001-33-33-33-002-2015-000184-00
DEMANDANTE : LUIS ALBERTO MARMOL CUETO
DEMANDADO : CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZS MILITARES

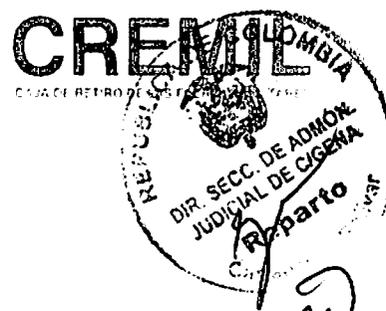
La Suscrita Secretaria del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, corre traslado a la contraparte de las excepciones propuestas en la contestación de demanda por CREMIL, por el término de tres (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 veintitrés (23) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

EMPIEZA TRASLADO : 23 DE FEBRERO DE 2016 A LAS 8:00 A.M.
VENCE TRASLADO : 25 DE FEBRERO DE 2016 A LAS 5:00 P.M.


AMELIA REGINA MERCADO CERA
Secretaria Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena

501

30 NOV. 2015



20/NOV./2015 10:35 A. M. DESCALANTE
 DEST: JUEZ 2 ADMINISTRATIVO CARTAGENA
 ATN: JUEZ 2 ADMINISTRATIVO DE CARTAGENA
 ASUNTO: COMUNICACIONES - CONTESTACIÓN
 REMITE: DANIEL DARIO ESCALANTE CHARRY
 FOLIOS: 30
 AL CONTESTAR CITE ESTE Nº 0081977
 CONSECUTIVO 2015-81977



Bogotá, D. C.

CERTIFICADO
CREMIL: 88825, 92022

SIOJ: 64777

Señor:

JUEZ 2 ADMINISTRATIVO DE CARTAGENA

Centro Avenida Daniel Lemaître Calle 32 No. 10-129

Cartagena (Bolívar)

E. S. D.

Asunto: Contestación de Demanda(Soldado Profesional o Infante de Marina)

REFERENCIA: 2015-00184-00
DEMANDANTE: Luis Alberto Mármol Cueto C.C. 73.158.280
DEMANDADA: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

DANIEL DARIO ESCALANTE CHARRY, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 7.707.423 de Neiva, Abogado con Tarjeta Profesional No. 121.313 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:

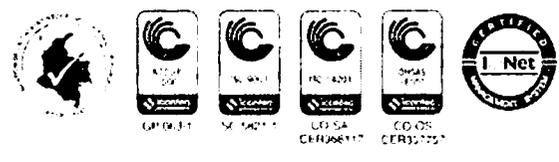
EN CUANTO A LAS PRETENSIONES Y HECHOS

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 asignación de retiro y el agotamiento de la actuación administrativa (Vía Gubernativa). Frente a los demás, la entidad se opone.

ANTECEDENTES

1- La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció asignación de retiro al Señor Infante de Marina (r) Luis Alberto Mármol Cueto, mediante Resolución No. 5082 del 28 de Agosto de 2012, con efectos a partir del 10 de Octubre de 2012, por haber acreditado un tiempo de servicios de 21 años, 1 mes y 26 días.



2- 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.

3- Con escrito recibido y radicado en esta Caja mediante Oficio No. 102939 del 26 de Agosto de 2014, el actor, a través de apoderado, instauró derecho de petición solicitando el reajuste de la asignación de retiro con el SMLMV más el **70%**, de conformidad con lo que él interpreta del Artículo 16 del Decreto 4433 de 2004; reajuste de la asignación de retiro con el SMLMV más el **60%** en la asignación de retiro, de conformidad con lo que él interpreta del Inciso 2 del Artículo 1 del Decreto 1794 de 2000; y reliquidación incluyendo **Subsidio Familiar**, la duodécima parte de la **prima de navidad**, y demás primas.

4- Mediante Oficio No. 2014-91195 del 28 de Noviembre de 2014 la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó la reliquidación solicitada.

5- El Juzgado 2 Administrativo de Cartagena informó a esta entidad de una demanda de Nulidad y Restablecimiento de Derecho instaurada por el Señor Infante de Marina (r) Luis Alberto Mármol Cueto, por intermedio de apoderado judicial, en contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, y señaló el término de ley para contestar la demanda.

EXCEPCIONES

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 cuanto al reajuste solicitado con el SMLMV más el 60%, de conformidad con el Artículo 13 del Decreto 4433 de 2004:

El Artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece lo siguiente:

"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.(Subrayados y negrillas fuera del texto original).

A su turno, el Inciso 1 del Artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 señala lo siguiente:

"ARTICULO 1. ASIGNACION SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario. (Subrayados y negrillas fuera del texto original).

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%).

De las normas citadas se desprende lo siguiente:

El Numeral 13.2.1 del Artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 **hace remisión expresa al Inciso 1** del Artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 al regular el tema del salario mensual de los señores Soldados Profesionales e Infantes de Marina, y su respectivo incremento, para liquidar la asignación de retiro. Por tal motivo, la asignación de retiro será un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un **cuarenta por ciento (40%)** del mismo salario, de conformidad con la **remisión expresa** descrita.

En otras palabras, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el **Inciso 1** del artículo 1, que se refiere a un incremento del **40%**, a pesar que el demandante insista en que se aplique el inciso 2, el cual se refiere a un 60%.

En cuanto al reajuste solicitado con el SMLMV más el 70%, de conformidad con el Artículo 16 del Decreto 4433 de 2004:

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". (Negrillas fuera del texto original).*

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:

Salario Básico = SMLMV (100%) + (Incremento en un 40%) = 140%

Prima de Antigüedad = 38.5 %

Asignación de retiro:

70% = (Sueldo Básico + 38.50% 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.

Sobre este particular, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección "C" se pronunció mediante sentencia del 20 de Septiembre de 2013 Proceso referencia No. 11001333503020120008601 Demandante: Edgar Orlando Mora Acosta, Demandado: CREMIL, MP. Amparo Oviedo Pinto, a saber:

*"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"**(Subrayados y negrillas fuera del texto original).*

Así mismo lo entendió el **Departamento Administrativo de la Función Pública**, mediante Concepto Radicado No. 2014-6000006331, del 17 de Enero de 2014, donde indica que la liquidación prestacional que efectúa la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares para el

reconocimiento de las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina, es acorde a las disposiciones normativas, y la fórmula que aplica en tal liquidación se encuentra ajustada a derecho.

En este sentido, y luego de analizar el Artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, el mencionado Concepto señaló lo siguiente:

*"De conformidad con la citada disposición **las únicas partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia para los soldados profesionales, son el salario básico y la prima de antigüedad**".*
(Subrayados y negrillas fuera del texto original).

A su turno, luego de citar el Artículo 16 del mismo Decreto, el Departamento Administrativo de la Función Pública concluyó lo siguiente:

*"Al analizar el artículo en mención, se considera que este es claro al señalar que la asignación mensual de retiro para los Soldados Profesionales será equivalente al **setenta por ciento (70%) del valor conjunto de los dos elementos** que con fundamento en los artículos 13 y 16 del decreto 4433 de 2004 constituyen partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro"*

*"En efecto, la asignación de retiro de los soldados profesionales equivale al **setenta por ciento (70%) de la suma de los dos factores determinantes**: el primero, el salario mensual, lo que conforme al artículo 1 del Decreto Ley 1794 de 2000 equivale al valor de un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario, y segundo, el valor equivalente al treinta y ocho por ciento (38%) del valor de la prima de antigüedad correspondiente al respectivo soldado profesional"*

*"Al resultado de la suma de estos dos factores se le debe estimar el valor del **setenta por ciento (70%)**, la cual finalmente constituye el valor que por concepto de asignación de retiro debe reconocerse al respectivo soldado profesional retirado del servicio"*(Subrayados y negrillas fuera del texto original).

Por último, y luego de este análisis jurídico, el Departamento Administrativo de la Función Pública concluyó lo siguiente:

"En conclusión, en criterio de este Departamento, la fórmula utilizada por la entidad (refiriéndose a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares) para la liquidación de la asignación de retiro es la que se encuentra acorde con lo señalado en la disposición que regula la materia"

En cuanto al reajuste solicitado, teniendo en cuenta el Subsidio Familiar y la Prima de Navidadde conformidad con el Numeral 13.1.2. del Artículo 13 del Decreto 4433 de 2004:

Al respecto, es preciso reiterar 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 y a los Infantes de Marina de acceder a una asignación de retiro, modificándose sustancialmente lo establecido sobre el particular, en los Decretos 1793 y 1794 de 2000.

De antemano, es pertinente aclarar que el Decreto 4433 de 2004 es una disposición de carácter especial que prima sobre las demás normas generales, y deroga las normas que le fueron

contrarias, de conformidad con lo ordenado por el Artículo 45 del Decreto en mención, el cual consagra lo siguiente:

"ARTICULO 45. Vigencia y derogatorias. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga las demás disposiciones que le sean contrarias y, en especial, los artículos 193 del Decreto-ley 1211 de 1990, 167 del Decreto-ley 1212 de 1990, 125 del Decreto 1213 de 1990, Ley 103 de 1912, y los artículos 39 y 40 del Decreto-ley 1793 de 2000" (Subrayados y negrillas fuera del texto original).

A su turno, el Artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, dispone que solamente deben tenerse en cuenta tres aspectos al momento de reconocer una asignación de retiro, a saber:

"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." (Subrayados fuera del texto original).

En otras palabras, en el Artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 se consagran en forma taxativa los parámetros, condiciones y porcentajes que deben ser tenidos en cuenta para el reconocimiento de una asignación de retiro, 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%.

Al respecto, nótese como la norma establece en forma expresa como debe reconocerse la asignación de retiro, sin entrar a contemplar la posibilidad de factores adicionales, como podrían ser **la prima de navidad, el subsidio familiar**, el 4% de la prima de antigüedad, **la prima de vacaciones**, la prima de servicios, bonificaciones, subsidios, auxilios, compensaciones, o cualquier otra partida que pudiera pretender el actor.

Sobre este particular, es preciso citar 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 una 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 (Subrayados y negrillas fuera del texto original).

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 no está consagrada expresamente la prima de navidad, el subsidio familiar, y el 4% de la prima de antigüedad dentro del reconocimiento de las asignaciones de retiro para los Soldados Profesionales, razón suficiente para NO DESVIRTUAR LA PRESUNCION DE LEGALIDAD de los actos demandados.

En este sentido, y en un pronunciamiento reciente, mediante **sentencia del 31 de Agosto de 2015**, el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Segunda, Magistrado Ponente: Gonzalo Zambrano Velandia, Demandante: Luis Demetrio Valencia Jiménez, Radicado: 050013333 025 2013 00129 01, Sentencia No. S2-172-Ap, señaló textualmente lo siguiente:

*"De las normas en comento, resulta evidente para la Sala que **los Soldados Profesionales no tienen derecho a que el subsidio familiar sea computado como partida para efectos de liquidar la asignación de retiro, pues como ya se vio, para el caso de estos servidores no se encuentra incluida legalmente dicha prestación para efectos de la citada asignación**, a diferencia de lo previsto respecto de los Suboficiales y Oficiales de las Fuerzas Militares a quienes si se les computa este beneficio como partida dentro de su asignación de retiro".*

"De tal manera, es posible identificar un trato diferenciado entre los mismos miembros de las Fuerzas Militares, es decir, entre Oficiales y Suboficiales respecto de los Soldados Profesionales en lo que se refiere al subsidio familiar, pues a esta última categoría deservidores se les reconoce mientras que se encuentren en servicio activo, pero sin que sea incluida para efectos de la asignación de retiro, mientras que en el caso de Oficiales y Suboficiales, el mismo se reconoce para cuando están en servicio activo así como partida de liquidación para su asignación de retiro" (Subrayados y Negrillas fuera del texto original).

Adicionalmente, sobre el tema específico de los Soldados Profesionales, se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, Magistrado Ponente:

José María Armenta Fuentes, en fallo de fecha 16 de septiembre de **2010**, dentro del proceso promovido por el señor José Manuel León Fernández, 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**"(Negrillas y subrayados fuera del texto original).*

Así mismo, en otro pronunciamiento, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", en fallo de fecha 10 de mayo de **2007**, Magistrado Ponente: José María 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**" (...)*
(Negrillas y Subrayados fuera del texto original).

Finalmente, y en el mismo sentido, el Consejo de Estado, mediante fallo fechado el 27 de Julio de **2006**, radicado 4094-05, dentro del proceso promovido por el señor Álvaro Alfonso Báez Betancourt, dispuso:

*"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.**"*
(Subrayados fuera del texto original).

De otro lado, es importante resaltar que 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 e Infantes de Marina, para lo cual aplican 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 de los artículos 234 y 235 del Decreto Ley 1211 de 1990, el cual señala lo siguiente:

"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

54

hoja de servicios adoptada por el Ministerio de Defensa." (Subrayados fuera del texto original).

Igualmente el artículo 235 del citado estatuto, consagra:

"Artículo 235. 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." (Subrayados fuera del texto original).

Es así como 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 prima de navidad, el subsidio familiar, el 4% de la prima de antigüedad, o cualquier otro concepto, prima, bonificación, subsidio, auxilio, o compensación, dentro de la asignación de retiro, a la cual hace mención el accionante.

Además de lo anterior, cabe resaltar que, el actor, en su momento, se abstuvo de controvertir dicho acto administrativo, motivo por el cual, este goza de plena legalidad. En otras palabras, el demandante, en su momento, debió dirigirse ante la autoridad administrativa respectiva con el fin de que le aclararan dicha situación, y no pretender que la Caja asuma una carga prestacional que no le corresponde, además que se presentaría una falta de competencia por parte de esta entidad, si quisiera modificar la información plasmada en la hoja de vida del actor.

En últimas, y en el evento en que la **hoja de servicios** estableciera porcentaje alguno por concepto de subsidio familiar (o factor salarial alguno), tampoco sería posible reconocer dichas partidas en la medida en que el legislador no las contempló para tales efectos, como se desprende de los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, antes transcritos.

Al respecto, resulta preciso traer a colación lo establecido en el Artículo 27 del Código Civil, el cual consagra lo siguiente:

"Artículo 27. INTERPRETACION GRAMATICAL. Cuando el sentido de la ley sea claro **no se desatenderá su tenor literal** a pretexto de consultar su espíritu" (Subrayados y Negrillas fuera del texto original).

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 es clara la norma y, por ende, no debe desatenderse su tenor literal.

Visto lo anterior, tenemos que para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, el legislador no contempló porcentajes por estos conceptos, por lo cual, se reitera, la negativa de la Entidad tuvo fundamento en las disposiciones que regulan el reconocimiento de la asignación de retiro para los miembros de las fuerzas militares consagrados en los Artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004.

Ausencia de vulneración al Derecho a la Igualdad:

Sobre la presunta vulneración del Derecho a la Igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, cabe destacar que a los Oficiales y Suboficiales si se les reconoce el subsidio familiar en la asignación de retiro debido a que mientras se encuentran en servicio activo **SI** se les efectúan los correspondientes descuentos para cubrir dicha partida al pasar al uso del buen retiro. Contrario a lo anterior, a los Soldados Profesionales no se les reconoce el subsidio familiar en la asignación de retiro debido a que mientras se encuentran en servicio activo, **NO** efectúan aportes para cubrir el subsidio familiar para cuando salen de baja y se les aprueba la asignación de retiro. Esto, debido a que así está diseñada la normatividad que regula este tema en concreto, esto es, el Decreto 4433 de 2004.

En este sentido, mediante **sentencia del 31 de Agosto de 2015**, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Segunda, Magistrado Ponente: Gonzalo Zambrano Velandia, Demandante: Luis Demetrio Valencia Jiménez, Radicado: 050013333 025 2013 00129 01, Sentencia No. S2-172-Ap, se señaló textualmente lo siguiente:

*"Tampoco pasa por alto la Sala, que en materia de aportes para efectos de la asignación de retiro, los artículos 17 y 18 del Decreto 4433 de 2004 dispone sobre que partidas deben realizar cada una de las categorías de servidores estudiadas, siendo que en el caso de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se establece que deberán aportar sobre todas las partidas devengadas que sean computables en la asignación de retiro, de donde se desprende el consiguiente derecho a que esta prestación sea liquidada con la inclusión de tales partidas, siendo que en el caso de los Soldados Profesionales estos solo aportan sobre la asignación básica y la prima de antigüedad. De manera tal que si los Oficiales y Suboficiales durante todo el tiempo en que estuvieron vinculados a las Fuerzas Militares estuvieron aportando, esto es, se les hicieron los respectivos descuentos por concepto de subsidio familiar con miras a la futura prestación denominada asignación de retiro que podrían llegar o no a disfrutar algún día en tanto completaran los demás requisitos de ley, es de fuerza reconocer que tenían todo el derecho a que esa partida se compute cuando efectivamente se les llegue a reconocer la multicitada asignación de retiro. **No ocurre otro tanto en tratándose de los Soldados Profesionales, a quienes, en efecto, durante su vida activa se les reconoce el factor denominado subsidio familiar por estar casados o tener una unión marital estable, pero a quienes no se les hace ningún descuento, es decir, que este orden de funcionarios, a diferencia de los anteriores, no han aportado, esto es, no han ahorrado para su futura asignación de retiro suma alguna por concepto de subsidio familiar, por lo que tiene todo el sentido la norma y la explicación es coherente con la forma como se encuentra estructurado el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, de tal manera que a quienes no han cotizado, no se les puede reconocer una partida como computable para asignación de retiro, ya que nunca antes aportaron a ella.**"*
(Subrayados y Negrillas fuera del texto original).

"Aunado a lo anterior, también se debe poner de presente que los porcentajes de aportes son más rigurosos en el caso de los Oficiales y Suboficiales, que en el caso de los Soldados Profesionales..."

Finalmente, el Tribunal Administrativo de Antioquia concluyó lo siguiente:

"En este orden de ideas, la Sección Quinta del H. Consejo de Estado advirtió que las consideraciones expuestas en la sentencia de veintidós (22) de septiembre de dos mil catorce (2014), las cuales debe advertirse son las mismas que se exponen en esta

providencia, no podían ser consideradas irrazonables o arbitrarias, teniendo en cuenta que la diferencia de trato que existe, en relación con la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro, de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y los Soldados Profesionales, no genera per se una vulneración del derecho fundamental a la igualdad, que sustente la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, toda vez que estos tienen asignadas obligaciones funcionales y legales distintas, lo que impide que se les aplique el mismo marco normativo". (Subrayados y Negrillas fuera del texto original).

En este contexto, también cabe traer a colación los pronunciamientos efectuados por la Corte Constitucional, en Sentencia No. C-387/94, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, 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." (Subrayados y Negrillas fuera del texto original).

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)(...)" (Subrayados y negrillas fuera del texto original).

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, ya que, 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 existencia jurídica. 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, ya que 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 reiterar 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 otra normatividad, y los soldados profesionales e Infantes de Marina 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.

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

No procedencia de la causal de Falsa Motivación en las actuaciones de CREMIL:

Sobre este 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 y, en consecuencia, estas actuaciones no se enmarcan dentro de ninguna de las causales de nulidad. Por tal motivo, no se encuentran viciadas de Falsa Motivación, para lo cual es oportuno realizar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, y sobre este tema, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", en Sentencia N° 10051 del 19 de Marzo de 1998, Consejera Ponente Clara Forero de Castro, señaló lo siguiente:

"...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 notificación jurídica y apreciación razonable(...)" (Subrayados fuera del texto original).

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

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." (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).

Lo anterior quiere decir que en materia Contencioso Administrativa, la condena en costas se rige por un concepto objetivo, en el cual se debe verificar la prosperidad de las pretensiones.

En otras palabras, solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan causas para hacerlo, y en la medida de su comprobación.

Para el caso que nos ocupa, la entidad no ha realizado actos dilatorios, ni temerarios, ni encaminados a perturbar el procedimiento. Por lo tanto, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares no ha realizado actos diferentes a la defensa judicial, motivo por el cual se le solicita a su señoría revocar la condena en costas y agencias en derecho en contra de esta entidad.

ANEXOS

1. Poder a mi conferido.
2. Acta de Posesión No. 054-2012, 06 noviembre 2012, de Dr. EVERARDO MORA POVEDA.
3. Resolución No. 6810 del 01 de noviembre de 2012, por medio de la cual se hacen unas incorporaciones a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
4. Resolución No. 30 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.

5. Decreto de nombramiento del Director General de la Caja de Retiro de las FFMM.
6. Acta de posesión del Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
7. Certificado de ejercicio de funciones del Director General de la Caja de Retiro FFMM.

NOTIFICACIONES

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, al Señor Mayor General (r) del Ejército Edgar Ceballos Mendoza, en calidad de Director General y Representante Legal; y al Doctor Everardo Mora Poveda, en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, tienen domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., reciben notificaciones en la Carrera 10 N° 27-27 Oficina 214 del Edificio Bachué, correo electrónico notificacionesjudiciales@cremil.gov.co

El suscrito apoderado en Bogotá D.C. en el Edificio Bachué, Carrera 10 N° 27-27, Piso 3 teléfono 3537300, extensiones 7355 y 7384.

Atentamente;



DANIEL DARIO ESCALANTE CHARRY

C.C. 7.707.423 de Neiva

T.P. No. 121.313 del C.S. de la J.

Anexo: (23) Folios 20

...