

1/39



Bogotá D.C.,

01/DIC./2018 01:01 P. M. MARIZA
 DEST: JUZGADO 16 ADMINISTRATIVO
 ATN: JUZGADO 16 ADMINISTRATIVO
 ASUNTO: COMUNICACION- CONTESTACION
 REMITE: MAIRA ALEJANDRA ARIZA CADENA - GRUPO
 FOLIOS: 36
 AL CONTESTAR CITE ESTE No. 0113720
 CONSECUTIVO 2018-113721



2018 DIC 6 PM 12:28
 OFICINA DE PROTOCOLOS
 JUZGADOS ADMINISTRATIVOS
 CERTIFICADO
 CORRESPONDENCIA

242787

CREMIL: 115466/118954
 SIOJ: 83969

212

Señores
JUZGADO DIECISEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ.
Cra. 57 No. 43-91 CAN
BOGOTA D.C
 E. S. D.

Asunto: CONTESTACIÓN DE DEMANDA (Reajustes Soldado Profesional)

REFERENCIA: 2018-00072
DEMANDANTE: FIDELINO PRADA ALAPE
DEMANDADA: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

MAIRA ALEJANDRA ARIZA CADENA, mayor de edad, domiciliada en Bogotá D.C., identificada con cédula de ciudadanía No. 1.019.018.446 de Bogotá, Abogada en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional No. 266.658 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderada 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 a los reajustes solicitados, la Entidad se opone pues se consideran debate dentro del proceso.



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

EN CUANTO A LAS PRETENSIONES

La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, se opone a todas y cada una de las pretensiones, por cuanto son debate en el presente proceso.

EN CUANTO A LAS DECLARACIONES Y CONDENAS

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

ANTECEDENTES

La Caja de Retiro de las FF.MM., reconoció asignación de retiro al señor Soldado Profesional (R) del Ejército **FIDELINO PRADA ALAPE** mediante Resolución No. 3570 del 13 de Junio de 2012, con efectos a partir del 30 de Junio de 2012.

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 solicitó la reliquidación y el reajuste en la asignación de retiro, la inclusión de la doceava de la prima de navidad y reliquidación del subsidio familiar, con ocasión de lo establecido en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, numeral 13.2.1 que nos remite al Decreto 1794 de 2000 y el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, a lo cual se dio respuesta con oficios de salida No.82697 del 14 de Diciembre de 2016 y No. 73697 del 20 de Noviembre de 2017.

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.

ARGUMENTOS DE DEFENSA

EN CUANTO AL REAJUSTE DEL 20% EN LA ASIGNACION DE RETIRO

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.

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, devengarán 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).

Aunado a lo anterior, es preciso manifestar al despacho, que **el Ministerio de Defensa Ejército Nacional – Dirección de Personal, en cumplimiento de la sentencia de unificación mencionada anteriormente radicó en esta Entidad, el complemento de la Hoja de Servicio del hoy demandante según consecutivo No.201700077537 del 04 de Septiembre de 2017,** por medio del cual realiza el incremento del 20% adicionado al salario básico mensual del militar, quedando aumentado del 40% al 60% tal como lo dispone el inciso 2° del artículo 1° del decreto 1794 de 2000.

En consecuencia, **la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, profirió el correspondiente Acto Administrativo resolución No. 867 del 18 de Enero de 2018, la cual fue notificada mediante radicado No. 90088 del 14 de Septiembre de 2018** de conformidad con el documento aportado por la fuerza, para ser liquidado de tal manera en la asignación de retiro del demandante y **el cual ha sido aplicado en la nómina del mes de Septiembre de 2018** tal y como consta en la copia del desprendible de nómina que se allega junto con la contestación de esta demanda.

EN CUANTO A LA LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO

(PRIMA DE ANTIGÜEDAD)

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.)

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:

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

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 mismo lo entendió el **Departamento Administrativo de la Función Pública**, mediante Concepto Radicado No. 2014-6000006331, del 17 de Enero de 2014 (el cual se anexa como prueba), 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 señaló:

*“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”

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).

De igual manera, y sobre el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, **la sentencia del 20 de Noviembre de 2015**, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección C; Magistrada Ponente; Amparo Oviedo Pinto, Demandante: Gilberto Bahamón Vargas; Radicado: 110013335017 2013 00550 01, señaló:

"Los artículos 13.2 y 16 del decreto 4433 de 2004, son absolutamente claros al establecer la forma de liquidar las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, esto es, su tenor literal no ofrece ninguna duda sobre cuáles son las partidas computables al momento de liquidar la prestación (salario mensual y prima de antigüedad). Además, según el parágrafo del artículo mentado, existe la prohibición legal de no incluir en la liquidación de las asignaciones de retiro, pensiones y sustituciones pensionales, emolumentos diferentes a los taxativamente señalados en dicha norma. (Subrayados y Negrillas fuera del texto original).

EN CUANTO A LA INCLUSION DE LA DUODÉCIMA DE LA PRIMA DE NAVIDAD.

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

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.

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:

“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.”

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)*

En pronunciamientos más recientes, se ha pronunciado el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B”**, negando las súplicas de la demanda, por ejemplo, **en fallo de fecha 16 de febrero de 2018**, siendo Magistrado Ponente el Dr. Alberto Espinosa Bolaños, al señalar:

“... no es de recibo la interpretación efectuada por el Juzgador de Primera Instancia al incluir la referida prestación como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, aplicando de manera similar la argumentación que se empleó para el reconocimiento del subsidio familiar; toda vez, que este último tiene como fin ayudar el sostenimiento del núcleo familiar por ser el soldado el último eslabón en la pirámide del militar, en tanto, la prima de navidad es una retribución anual que se otorga a los soldados profesionales.

De conformidad, con lo expuesto la naturaleza de una y otra prestación son disímiles y tienen propósitos incomparables, aceptar la inclusión de la prima de navidad como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, bajo la premisa de que por ser el eslabón más bajo de la estructura militar le deben ser reconocidas las prestaciones de los Oficiales y Suboficiales, es tanto como permitir la inclusión de las demás partidas consagradas en el artículo 13 Decreto 4433 de 2004 como son a manera de ejemplo la prima de estado mayor y la prima de vuelo; pues si bien, tanto Soldados Profesionales como Oficiales y Suboficiales ejercen funciones importantes para el Estado Colombiano, lo cierto es que uno y otros tienen regímenes salariales y prestacionales diferentes. Debiendo revocarse en ese sentido la sentencia apelada...”

Ahora bien, es importante resaltar que 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.t)

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 la prima de navidad, 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.

Aunado a lo anterior y en el evento en que la hoja de servicios estableciera porcentaje alguno por concepto de prima de navidad, tampoco sería posible reconocer dicha partida en la medida en que el legislador no la contempló para tales efectos, como se desprende de su tenor literal, contenido en los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, antes transcrito.

Como se dijo anteriormente, 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 legislador no contempló porcentajes por este concepto, se reitera que la negativa de la Entidad, tuvo 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).

PRESCRIPCIÓN

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.

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

NO PROCEDENCIA DE LA CAUSAL DE FALSA MOTIVACION EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

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.

NO CONFIGURACION DE LA CAUSAL DE NULIDAD

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

- Cuando las 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 configura ninguna de las causales 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.

AUSENCIA DE VULNERACION AL DERECHO A LA IGUALDAD

El artículo 13 de la Constitución Política de Colombia textualmente consagra:

*"**Artículo 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan"

Sobre el Derecho a la Igualdad, consagrado en la precitada norma, la Corte Constitucional, desde la misma promulgación de la carta magna, ha expresado que la igualdad, antes que significar uniformidad ciega, es un derecho que admite criterios de diferenciación de acuerdo a una razonable disposición del derecho, tal como se evidencia en la **Sentencia C-471 de 1992**, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo, a saber:

*"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...**"*

Así mismo, mediante **Sentencia C-387 de 1994**, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, la Corte Constitucional diferenció la igualdad formalde la material, lo cual no implica necesariamente discriminación, 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.*** (Subrayados y Negritillas fuera del texto original).

Y más adelante se refirió al tema del trato diferencial, el cual no se considera en sí mismo discriminatorio. Así mismo, señaló que el trato diferenciado de dos situaciones de hecho diversas no constituye una discriminación y, finalmente, indicó 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 negritillas fuera del texto original).*

En este orden de ideas, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la aplicación del principio de igualdad frente a las tres categorías genéricas de la jerarquía militar. Así, señaló que los Oficiales,

Suboficiales y Soldados Profesionales/Infantes de Marina, se encuentran en una situación de hecho distinta y, por tal motivo, constituyen grupos diferenciados jurídicamente. En este sentido, mediante **sentencia C-057 de 2010**, señaló textualmente lo siguiente:

*“3.6.1.3. Revisadas las normas que regulan la materia, se encuentra que en efecto, **las tres categorías se encuentran en una situación de hecho distinta. Los oficiales** son aquellos formados, entrenados y capacitados para ejercer la “conducción y mando” de los elementos de combate y de las operaciones de su respectiva fuerza, mientras que a **los suboficiales** les corresponden las funciones de apoyo a los oficiales.[27]. Los oficiales, en el marco de su respectivo rango, tienen bajo su responsabilidad el mando y conducción de la tropa, de los equipos de combate, de las operaciones, de las unidades, y por lo tanto, el peso de las decisiones más importantes, de las cuales, en muchos casos, dependen la vida y la integridad de sus subordinados y de los demás ciudadanos. Es el hecho de que sobre ellos recaiga esa mayor y trascendental responsabilidad, la que explica la diferencia en la jerarquía organizacional. Esta diferencia en la naturaleza de las funciones y responsabilidades explica también las diferencias en los regímenes de incorporación, ascensos, retiros, remuneración y pensiones. **Los soldados profesionales y los agentes**, por su parte, ejecutan e implementan las decisiones de los comandantes”*

*“3.6.1.4. Desde el punto de vista de las normas que los crean y regulan, **las tres categorías a que se refieren las normas demandadas constituyen grupos diferenciados jurídicamente**, que, dentro de la fuerza pública, responden a una naturaleza funcional distinta, y por lo tanto, tienen responsabilidades y tareas diferentes. Desde este punto de vista estrictamente formal, **se trata de categorías que se encuentran en situaciones de hecho distintas**”. (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, pues fue el legislador el que 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 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 otra normatividad, 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.

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

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. 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.” (Actual Código General del Proceso) (Subrayados fuera del texto original).

Frente a este artículo La subsección “A” de la sección segunda el Consejo de Estado en sentencia dictada el 20 de Enero de 2015 expresa:

“..., en relación con la norma antes transcrita expuso que contiene el verbo “dispondrá” que está encaminado a regular la actuación del funcionario judicial, cuando profiera sentencia que decida las pretensiones del proceso sometido a su conocimiento

El término dispondrá de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es sinónimo de “decidir”, “mandar”, “proveer”, es decir que lo previsto por el legislador en la norma no es otra cosa que la facultad que tiene el juez para pronunciarse sobre la condena en costas, y decidir si hay o no lugar a ellas ante la culminación de una causa judicial.

Como se advierte, la citada norma no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, esto es, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que tal condena es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.....”

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 mencionada sentencia preciso que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011 no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, *“teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, también lo es la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, **no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe** y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderará tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada...”*

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 entidad demandada 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.**

PRUEBAS

De conformidad con el párrafo 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
- Complemento de la hoja de servicios con la adición del 20%
- Copia de desprendible de nómina del mes de Septiembre de 2018
- Resolución por la cual se ordena el incremento de la partida del sueldo básico en un 20%, dentro de la Asignación de Retiro.
- Notificación de la Resolución por la cual se ordena el incremento de la partida del sueldo básico en un 20%, dentro de la Asignación de Retiro
- Derecho (s) de petición

- Contestación (es) de la petición. Oficios CREMIL
- Concepto del DAFP

Solicito respetuosamente 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.

ANEXOS

1. Certificado de ejercicio de funciones del Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
2. Decreto de nombramiento del Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
3. Acta de posesión del Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
4. Resolución No. 30 del 4 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.
5. Acta de Posesión No. 054 del 06 de noviembre de 2012, por la cual se asumen funciones del cargo de Jefe de Oficina Asesora Jurídica.
6. Certificación de las funciones del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica.
7. 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.
8. Poder a mi conferido.
9. Lo relacionado en el acápite de pruebas.

NOTIFICACIONES

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, al Señor Mayor General (r) del Ejército Edgar Ceballos Mendoza, en su calidad de Director General y Representante Legal; y al Doctor Everardo Mora Poveda, en calidad de Jefe de la Oficina Asesora de Jurídica, teniendo domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., reciben notificaciones en la Carrera 13 N° 27-00 Edificio Bochica, interior 2, correo electrónico: notificacionesjudiciales@cremil.gov.co

Cordialmente,



MAIRA ALEJANDRA ARIZA CADENA

CC. No. 1.019.018.446 de Bogotá

TP. No. 266.658 del C. S. de la J.

Anexos:

treinta y dos (32) Folios

No. 212

CERTIFICADO
CREMIL 00000

Señores

Juzgado Dieciseis Administrativo de Oraldad
del Circuito Judicial de Bogotá

E. S. D.

ASUNTO: Poder

RADICADO: 2018 - 00077
DEMANDANTE: Fidelino Prado Alape
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

EVERARDO MORA POVEDA, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 11.344.164 expedida en Zipaquirá, y Tarjeta Profesional No. 71.642 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, establecimiento público del orden Nacional, creado por la Ley 75 de 1925, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, obrando de conformidad a la delegación de funciones relacionadas con la actividad de defensa judicial, realizada con Resolución No. 30 del 04 de Enero de 2013, por medio del presente documento me permito manifestar que confiero **PODER ESPECIAL**, a la Abogada **MAIRA ALEJANDRA ARIZA CADENA**, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 1.019.018.446 expedida en Bogotá D.C. y Tarjeta Profesional No. 266.658 del Consejo Superior de la Judicatura, para **ÚNICA DILIGENCIA - CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**, en defensa de los intereses de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, dentro del proceso de la referencia.

Atentamente,

EVERARDO MORA POVEDA
CC. No. 11.344.164 expedida en Zipaquirá
Jefe Oficina Jurídica

ACEPTO:

MAIRA ALEJANDRA ARIZA CADENA
C.C. No. 1.019.018.446 expedida en Bogotá
T.P. No. 266.658 del Consejo Superior de la Judicatura

OFICINA DE APOYO PARA LOS JUZGADOS ADMINISTRATIVOS DE BOGOTÁ
DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN
El documento fue presentado personalmente por
Maira Alejandra Ariza Cadena
Quien se identificó CC No. 1019018446
T.P. No. 266658 Bogotá, D.C. 23 NOV 2018
Responsable Centro de Servicios. H447



SC58211 SA 05
CERTIFICACIONES

PBX (57) (1) 3537300
FAX (57) (1) 3537305
Línea Nacional (01) 849012000
www.cremil.gov.co
Carrera 13 # 27-00
Bogotá Colombia

DILIGENCIA DE PRESENTACIÓN
Y RECONOCIMIENTO



El Notario Dieciocho del Circulo de Bogotá D.C. hace constar que el anterior escrito

fue presentado por EVERARDO MORA POVEDA
11.344.164

Identificado (a) con C.C. _____
y declaró que la firma y la huella que aparecen en
el presente documento son suyas, y el contenido
del mismo es cierto. La huella se autentica por
solicitud del interesado.

Bogotá: _____
19 NOV 2018



REPUBLICA DE COLOMBIA
INDICE DEREGIS
[Handwritten signature]