

RV: EM- CONTESTACION DEMANDA

Correspondencia Sede Judicial CAN - Bogotá - Bogotá D.C.

<correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 17/03/2023 11:17 AM

Para: Juzgado 18 Administrativo Seccion Segunda - Bogotá - Bogotá D.C.

<jadmin18bta@notificacionesrj.gov.co>

Cordial saludo,

De manera atenta informamos que ha sido radicado el presente correo como memorial para el proceso relacionado en el mismo, dentro del registro en el aplicativo justicia XXI podrá confirmar los datos del mensaje como Asunto, fecha y hora de recibo.

Atentamente,

GPT

Grupo de Correspondencia
Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos
Sede Judicial CAN

De: Notificaciones Judiciales <notificacionesjudiciales@cremil.gov.co>

Enviado: jueves, 16 de marzo de 2023 16:48

Para: Correspondencia Sede Judicial CAN - Bogotá - Bogotá D.C. <correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: Certificado: EM- CONTESTACION DEMANDA

Este es un Email Certificado [™] enviado por **Notificaciones Judiciales**.

Señor:

JUZGADO DIECIOCHO (18) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

e-mail: correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.coBOGOTÁ D.C.

E. S. D.

Asunto: Contestación de Demanda - Reliquidación Subsidio Familiar – del (30%) al (70% del 26% -tope máximo).

PROCESO No.:	11 – 001 – 33 – 35 – 018 – 2023 00014 - 00
DEMANDANTE:	DUVERNEY OSORIO ALARCON
DEMANDADA:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

EDDIE JOFRED MORENO FONQUE, domiciliado(a) en la ciudad de Bogotá D.C., identificado(a) concédula de ciudadanía N° **1.022.984.486**, Abogado(a) en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional N° **305.947** del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado judicial dela Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, de conformidad con el poder a mí conferido, por el señor LEONARDO PINTO MORALES

identificado con la C.C No. 79.263.583, expedida en Bogotá, con domicilio en la misma ciudad y quien recibenotificaciones en el Edificio Bachué, Carrera 10 No. 27-27 Oficina 214; Correo electrónico: notificacionesjudiciales@cremil.gov.co, en su calidad de Director y Representante Legal de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL, me permito **CONTESTAR LA DEMANDA** de la referencia, la cual está enfocada en resolver el siguiente:

AVISO LEGAL: Este mensaje y cualquier archivo anexo son confidenciales y para uso exclusivo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. Esta comunicación puede contener información protegida por derechos de autor. Si usted ha recibido este mensaje por error, equivocación u omisión queda estrictamente prohibida la utilización, copia, reimpresión y/o reenvío del mismo. En tal caso, favor de notificar de forma inmediata al remitente y borrar el mensaje original y cualquier archivo anexo.

AVISO LEGAL: Este mensaje y cualquier archivo anexo son confidenciales y para uso exclusivo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. Esta comunicación puede contener información protegida por derechos de autor. Si usted ha recibido este mensaje por error, equivocación u omisión queda estrictamente prohibida la utilización, copia, reimpresión y/o reenvío del mismo. En tal caso, favor de notificar de forma inmediata al remitente y borrar el mensaje original y cualquier archivo anexo.

RPOST® PATENTADO

16/MAR./2023

DEST.: ENTIDAD PUBLICA
ATN.: JUZGADO DIECIOCHO (18) ADMINISTRATIVO
ASUNTO: COMUNICACION - DEMANDA --
REMITE: EDDIE JOFRED MORENO FONQUE -
FOLIOS: 1

AL CONTESTAR CITE ESTE No.: 025214
CONSECUTIVO: 2023-25215

CAJA DE RETIRO DE LAS FF.MM

E2023025365

[Enviado]

No 212

Señores:

JUZGADO DIECIOCHO (18) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**e-mail: correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co****BOGOTÁ D.C.**

E. S. D.

Asunto: Contestación de Demanda - Reliquidación Subsidio Familiar – del (30%) al (70% del 26% - tope máximo).

PROCESO No.: 11 – 001 – 33 – 35 – 018 – 2023 00014 - 00
DEMANDANTE: LUIS ALIRIO CARDENAS CARVAJAL
DEMANDADA: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

EDDIE JOFRED MORENO FONQUE, domiciliado(a) en la ciudad de Bogotá D.C., identificado(a) con cédula de ciudadanía N° **1.022.984.486**, Abogado(a) en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional N° **305.947** del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado judicial de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, de conformidad con el poder a mí conferido, por el señor **LEONARDO PINTO MORALES** identificado con la C.C No. 79.263.583, expedida en Bogotá, con domicilio en la misma ciudad y quien recibe notificaciones en el Edificio Bachué, Carrera 10 No. 27-27 Oficina 214; Correo electrónico: notificacionesjudiciales@cremil.gov.co, en su calidad de Director y Representante Legal de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL, me permito **CONTESTAR LA DEMANDA** de la referencia, la cual está enfocada en resolver el siguiente:

PROBLEMA JURÍDICO

1. ¿Se está vulnerando el derecho a la igualdad de aquellos SLP a quienes se les liquidó su asignación de retiro con la inclusión del Subsidio Familiar, en el 30% establecido en el artículo 1 del Decreto 1162 de 2014, y no en el 70% del 26% (tope máximo) dispuesto en los artículos 1 y 5 del Decreto 1161 de 2014?

EN CUANTO A LAS PRETENSIONES

DECLARATIVAS

01.- **Me opongo**, a que se declare la nulidad del Acto Administrativo distinguido con el No. 2022066291 del 08 de julio de 2022, por cuanto, fue expedido de conformidad a las disposiciones legales y jurisprudenciales vigentes.

CONDENATORIAS



01.- **Me opongo**, a que se CONDENE a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, a reliquidar la partida denominada subsidio familiar en el 70% del 26% (tope máximo) dispuesto en los artículos 1 y 5 del Decreto 1161 de 2014, **toda vez que**, actualmente se encuentra la

partida reconocida en el 30% señalado en el artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

Sumado a esto, al configurarse una desmejora de la asignación de retiro percibida por el actor, al inaplicar una norma que le es más beneficiosa que la pretendida.

02.-**Me opongo**, a condenar a la demandada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, a INDEXAR el monto a pagar como consecuencia de la reliquidación de la asignación de retiro del demandante

03.- **Me opongo**, , toda vez que mi representada no adeuda sumas de dinero que deben ser actualizadas y pagadas.

4. **Me opongo**, a que se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, al pago de intereses a favor del demandante, **toda vez que**, estos se predicen cuando haya un retardo injustificado en el pago y en este caso el demandante no tiene lugar al reajuste de la prestación.

5. **Me opongo**, toda vez que la parte demandante no tiene lugar al reajuste de su Asignación de Retiro.

06.-**Me opongo**, a la condena en costas y agencias en derecho, toda vez que, el artículo 188 del C.P.A.C.A. y el núm. 8 del artículo 365 del C.G.P; establece que solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan causas para hacerlo, y en la medida de su comprobación.

EN CUANTO A LOS HECHOS

-Al hecho Primero: Es cierto que, el demandante prestó sus servicios al Ejército Nacional y con ocasión del mismo le fue reconocida una asignación de retiro, más se aclara, que dicho reconocimiento fue a través de la Resolución **Res 4551 del 06 de febrero de 2018**, por haber prestado un tiempo de servicios de 20 años, 08 meses y 22 días.

-Al hecho segundo: Es cierto, más se aclara que se efectuó el reconocimiento de la partida computable subsidio familiar de conformidad con lo establecido en el artículo 1 del Decreto 1162 del 24 de junio de 2014, la cual, resulta más beneficiosa que la pretendida.

-Al hecho tercero: Es parcialmente cierto, teniendo en cuenta lo siguiente:

Es pertinente aclarar, que la forma en que los soldados e infantes de marina profesionales, devengan en actividad el subsidio familiar es de acuerdo a lo consagrado en el artículo 1 del Decreto 1161 de 2014, que estableció que a partir del 1 de julio de 2014 se les liquidara y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica así:

a. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente, más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c. de este artículo.

b. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales viudos siempre y cuando hayan quedado a cargo de los hijos habidos dentro del matrimonio o dentro de la unión marital de hecho, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c. del presente artículo.

c. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo. En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica.

Por consiguiente, es dependiendo a lo reconocido en actividad; y de acuerdo a lo estipulado en el artículo 5 del Decreto 1161 de 2014, que se les reconoce y liquida en asignación de retiro, un porcentaje equivalente al 70% de lo devengado de subsidio familiar en actividad.

Al hecho cuarto: Es cierto, teniendo en cuenta lo siguiente:

En la hoja de servicios distinguida con el No. 3-74375533 del 09 de enero de 2018 se establece que el militar en actividad percibía el subsidio familiar regulado en el decreto 1794 de 2000, por lo tanto CREMIL reconoció el subsidio familiar dentro de su Asignación de Retiro, lo anterior, en cuantía del 30%, por cuanto, la prestación quedó consolidada bajo la vigencia del Decreto 1162 de 2014, en concordancia con lo consagrado en la sentencia de unificación proferida el 25 de abril de 2019 por el Honorable Consejo de Estado.

Al hecho quinto: Lo transcrito obedece a una referencia normativa, por lo anterior en caso de ser necesario se hará remisión al contenido literal y expreso de la norma citada.

Al hecho sexto: Es cierto, en lo concerniente a la presentación del Derecho de Petición.

Al hecho séptimo: Es cierto, en cuanto a la respuesta emitida por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

ANTECEDENTES

1- En fecha 25 de abril de 2019 se profirió la Sentencia de Unificación Radicado: 85001-33-33-002- 2013- 00237-01 (1701-2016) del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, en la cual se definió la aplicación e interpretación del Régimen de asignación de retiro de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina, las partidas computables que deben tenerse en cuenta para el reconocimiento de la prestación, las reglas **para la inclusión del subsidio familiar como partida computable**, el reajuste del 20% del salario mínimo legal mensual vigente, y la forma de liquidar la asignación de retiro según la interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, referente al cómputo de la prima de antigüedad.

2- Dada la presencia de algunos vacíos de orden jurídico en la jurisprudencia señalada, y en pro de la debida función administrativa de mi representada, fue menester solicitar adición y aclaración frente algunos tópicos de la sentencia de unificación¹, solicitud que quedo resuelta mediante

sentencia de fecha 10 de octubre de 2019.

1 Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de fecha 10 de octubre de 2019, resuelve solicitudes de adición y aclaración de sentencia SUJ-015-CE-S2-2019 i) Aclaración: Para el efecto sostuvo que la providencia no hizo referencia a que el porcentaje del 70% del subsidio familiar en los casos del Decreto 1161 de 2014 debe afectar la partida aludida según la conformación del núcleo familiar, en los términos señalados por aquel decreto, de manera que, en su criterio, es necesario aclarar la forma como CREMIL debe liquidar tal partida para el personal de soldados profesionales e infantes de marina profesionales que se encuadren en la disposición contenida en los artículos primero y quinto del mencionado decreto. ii) Adición: En este apartado pidió que se precise el término prescriptivo al que se alude en el numeral 8 del ordinal primero de la sentencia. Sobre el particular, expresó que, aunque el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 prevé un término de prescripción de tres

1- La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció la asignación de retiro al Señor Infante de Profesional (RA) **LUIS ALIRIO CARDENAS CARVAJAL**, mediante Resolución 4551 del 06 de febrero de 2018.

2- Mediante el acto administrativo antes mencionados, se ordenó la inclusión del subsidio familiar, dentro de la asignación de retiro del Señor Infante de Profesional (RA) **LUIS ALIRIO CARDENAS CARVAJAL**, en el 30% de lo devengado en actividad, lo anterior, conforme a la sentencia de unificación y la normativa vigente.

FUNDAMENTOS DE DEFENSA

- **Ejercicio de la libertad de configuración legislativa.**

Sea lo primero indicar que la legislación que regula el régimen especial de las Fuerzas Militares -que abarca aspectos de carrera, prestacional y disciplinario-, goza de amparo constitucional en virtud de lo establecido en los artículos 217 y 218 de la Constitución Política, situación que ha sido puesta de presente en recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional².

En la Sentencia C-789 de 2011 el alto Tribunal precisó: *“Ya la Corte, en diversas oportunidades, ha reconocido que la diversidad en el tratamiento prestacional de los miembros de la fuerza pública tiene su origen en la naturaleza riesgosa de las funciones que desarrollan y que, a su vez, cumple con el fin constitucional de compensar el desgaste físico y mental que implica el estado latente de inseguridad al que se somete al militar y a los miembros de su familia durante largos períodos de tiempo”*.

Por lo tanto, cuando el legislador contempla diferenciaciones entre régimen común y régimen de las Fuerzas Militares y a su vez diferenciaciones en el régimen de oficiales, suboficiales y soldados profesiones, lo hace atendiendo a las particularidades de los destinatarios (*Grado militar, partidas computables, tiempo de servicio activo, causal de retiro, fecha de retiro, norma aplicable, naturaleza específica de los servicios prestados, aportes realizados en servicio activo, etc*), por lo que al realizar un análisis y desarrollo del test de proporcionalidad y razonabilidad se puede concluir que no todo trato diferenciado traduce necesariamente en una vulneración al derecho a la igualdad.

Por el contrario se trata del ejercicio de la libertad de configuración legislativa, en virtud de la cual: “Es facultad del legislador, en ejercicio de su libertad de configuración y en los términos del artículo 150 constitucional, numeral 1 y 2, en concordancia con los artículos 29, 86, 87, 228 y 229 constitucionales, estructurar los procesos y los procedimientos, y por tanto fijar los requisitos, tiempos, procedimientos, recursos, etc., en los que éstos se deben desarrollar y que pueden convertirse a su vez en límites más no en la negación de algunos derechos y principios constitucionales, como el debido proceso o el acceso a la administración de justicia, razón por la que se exige que las restricciones que en virtud de esa potestad legislativa se lleguen a imponer, deben ser proporcionales y razonables en relación con el derecho o principio que pueda resultar restringido. El legislador, en ese contexto, tiene una amplia

años, para el caso de los soldados profesionales la jurisprudencia ha ordenado aplicar la prescripción de cuatro años prevista por el artículo 174 del Decreto Ley 1211 de 1990. Por tal razón, considero necesario que se adicione la sentencia para emitir un pronunciamiento de fondo en lo atinente al término de prescripción que debe aplicar la entidad en esta clase de asuntos.

1 Sentencia C-293/20, del 5 de agosto de 2020, Expediente RE-293 MP. Gloria Stella Ortiz Delgado - Cristina Pardo Schlesinger.

discrecionalidad en la regulación de los procedimientos tanto judiciales como administrativos, discrecionalidad que como todos los actos del poder estatal encuentra su límite en la Constitución³.

- **Del principio de inescindibilidad de la norma.**

A fin de resolver el cuestionamiento elevado por la parte demandante, es preciso indicar que, en lo que refiere a la aplicación del Decreto 1161 de 2014, deben tenerse todos los efectos de esta norma y no solamente el 70% contenido en el artículo 5, sino someterse también a lo referido en el artículo 1, el cual, establece una escala entre el 20% y el 26% dependiendo del número de hijos con que cuente el militar, por cuanto, desconocer lo antes mencionado, vulneraría el PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD DE LA NORMA, consistente en la aplicación íntegra de la norma, es decir “sin que pueda admitirse de alguna manera la utilización arbitraria de normas fragmentadas, tomando lo más favorable de cada una de ellas”.

El Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia de unificación jurisprudencial de 25 de agosto de 2016, número interno 3420-2015, ha expresado sobre el tema:

“se colige que el denominado principio de derecho laboral de inescindibilidad o indivisibilidad, tradicionalmente ha sido consagrado en la legislación legal laboral colombiana como complemento del de favorabilidad, según el cual, cuando en un asunto se encuentran dos o más textos aplicables a la solución del caso concreto, la norma que se adopte: i) debe ser la más favorable al trabajador y ii) debe ser aplicada en su integridad, con lo cual, se evita el desmembramiento de las normas legales para tomar aspectos favorables que uno y otro régimen ofrezca.”

Así mismo, es oportuno traer a colación lo manifestado por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-432/04, Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL, en los siguientes términos:

“...acogerse en lo conveniente a unas normas y en otras no, viola claramente el principio de inescindibilidad de la ley, pues al aplicar la misma de manera parcial conlleva a ello; en tanto que la ley es abstracta e impersonal y se debe aplicar de forma íntegra y en contexto...”

Finalmente, frente a este principio la doctrina ha manifestado lo siguiente:

“...Se ha llamado inescindibilidad, es decir, la consideración global o de conjunto, es decir, el criterio orgánico porque tiene en cuenta el carácter unitario de cada régimen. Consiste en que se elige la norma más favorable al trabajador, pero en su totalidad, sin aplicarlos parcialmente o escindirla.

En conclusión, las normas se deben aplicar en su integridad, sin fraccionar y aplicar disposiciones de uno y otro al caso controvertido, de tal forma que al aplicar un texto legal se debe excluir al otro, de lo contrario se está quebrantando este principio y se asumiría la teoría acumulista o atomista, que sostiene que pueden extraerse de cada norma las disposiciones que sean más favorables.

- **Vigencia de los decretos que regulan la liquidación del subsidio familiar dentro de la asignación de retiro de los soldados e infantes de marina profesionales.**

2 Sentencia C-875 de 2011 Corte Constitucional.

De otra parte, si el accionante presenta diferencias e inconformidades sobre la normativa legal vigente frente a los decretos que fijan el régimen prestacional de los miembros de las fuerzas Militares debe demandar tales decretos y normas que considere son contradictorias y violatorias de sus derechos y no cuestionar de “ilegales, antijurídicas o inconstitucionales” las acciones desplegadas por CREMIL al dar cumplimiento a su objeto misional.

Cabe anotar que, la Entidad ha venido trabajando dentro del sector público sobre las diferentes problemáticas prestacionales en procura de salvaguardar los intereses de los militares afiliados a esta Entidad y ha actuado con legalidad al momento de cumplir con su misión de reconocer y pagar las asignaciones de retiro del personal que acredite tal derecho de conformidad con la Ley, la jurisprudencia y las órdenes judiciales emanadas por los diferentes Despachos Judiciales.

c) Del análisis de las normas aplicables y que contienen la fórmula de liquidar el subsidio familiar de la asignación de retiro de los soldados e infantes de marina, ¿Cuál es la más favorable a los intereses del actor?.

Para efectuar el análisis normativo compararemos el contenido de los Decretos 1162 y 1161 del 2014, en ese orden de ideas, se abordarán los requisitos para acceder al derecho y el porcentaje a reconocer en cada una de ellas, de la siguiente manera:

Requisitos para acceder:

- Ser Soldado Profesional o Infante de Marina Profesional 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.

Porcentaje a reconocer:

$$SF=((SB*4\%)+(SB*58.5\%))*30\%$$

Donde SB= Corresponde a lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 según el caso, es decir, el 40% o el 60%.

Información suministrada por el Grupo de Nómina y Embargos el día 07 de septiembre de 2021.

Requisitos para acceder:

- Ser Soldado Profesional o Infante de Marina Profesional de las Fuerzas Militares.
- Que al momento del retiro **no perciban el subsidio familiar regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009.**

Porcentaje a reconocer:

$$SF=(SB \times \%SF \text{ ORDENADO} \times 70\%)$$

Donde %SF ORDENADO= Corresponde a lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 1161 de 2014 según el caso, es decir, del 20% al 26%.

Información suministrada por el Grupo de Nómina y Embargos el día 07 de septiembre de 2021.

Del análisis de las normas anteriormente transcritas y de las pruebas obrantes en el expediente, se concluye en primera medida que el demandante al percibir el subsidio familiar en actividad regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, le era procedente el reconocimiento del subsidio familiar dentro de su Asignación de Retiro, lo anterior, en cuantía del 30%, por cuanto, la prestación quedó consolidada bajo la vigencia del Decreto 1162 de 2014.

En este punto, resulta necesario aclarar al Despacho y partes del proceso, la forma de liquidar el subsidio familiar dentro de la Asignación de Retiro de los soldados e infantes de marina profesionales, para lo cual, se traerá un ejemplo de un Soldado profesional a quien se liquidará aplicando las dos normas antes señaladas, así:

liquidación 1162 con sb al 60%

LIQUIDACION		
SUELDO BASICO (SMLV + 60%) 2021		
		\$1.453.642,0
		0 70,00%
		\$1.017.549,00
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	38,50%	\$559.652,17
MAS SUBSIDIO FAMILIAR (D. 1162/2014 (30% X SF EN ACTIVO))		\$272.557,88
TOTAL ASIGNACION DE RETIRO		\$1.849.759,00

liquidación 1161 con sb al 60% y sf
26%

LIQUIDACION		
SUELDO BASICO (SMLV+60%)		\$1.453.642,00
ANO 2021		
	70,00%	\$1.017.549,00
PRIMA ANTIGÜEDAD		
	38,50%	
		\$559.652,17 (+) SUBS
FAM D.1161/2014: (SB X %SF ORDENADO X 70%)		
	26,00%	
		\$264.562,84
TOTAL ASIGNACION DE RETIRO		\$1.841.764,00

Información suministrada por el Grupo de Nómina y Embargos el día 07 de septiembre de 2021.

Así pues, al comparar las liquidaciones en aplicación de las dos normas precitadas, se puede establecer una segunda conclusión, tendiente a indicar que es más favorable el reconocimiento del subsidio familiar en virtud del artículo 1 del Decreto 1162 de 2014 que de lo dispuesto en los artículos 1 y 5 del Decreto 1161 de 2014, por ende, no hay lugar a declarar la nulidad parcial del acto administrativo, ya que esto ocasionaría una disminución del monto que actualmente percibe el actor como anteriormente se explicó.

- Resolución del problema jurídico planteado, así:

¿Se está vulnerando el derecho a la igualdad de aquellos SLP a quienes se les liquidó su asignación de retiro con la inclusión del Subsidio Familiar, en el 30% establecido en el artículo 1 del Decreto 1162 de 2014, y no en el 70% del 26% (tope máximo) dispuesto en los artículos 1 y 5 del Decreto 1161 de 2014?

Teniendo en cuenta que Principio de igualdad se predica solo entre iguales, en el presente caso NO se ha vulnerado el derecho a la igualdad, por cuanto el legislador estableció los parámetros para efectos del reconocimiento y liquidación del subsidio familiar dentro de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesional a través de los decretos 1161 y 1162 de 2014.

- Constitución Política de Colombia de 1991, Art. 13, 48 y 217.
- Ley 923 de 2004, Art. 3, numerales. 3.3 y 3.4
- Decreto 1161 y 1162 de 2014
- Sentencia de Unificación 850013333002 201300237 01 del 25 de abril de 2019, Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda; Consejero Ponente: William Hernández Gómez

Es preciso recordar, que con fundamento en los principios de proporcionalidad y correspondencia debe predicarse el valor de la asignación de retiro, es decir, atender los factores salariales y los porcentajes sobre los cuales cada sujeto hubiere efectuado las cotizaciones. Por su parte, las normas que regulan la materia, esto es, el Decreto 1161 y el Decreto 1162 de 2014, y el Decreto 4433 de 2004, conciben la liquidación de la asignación de retiro de forma clara, entendiendo que en virtud del principio de progresividad y la libertad de configuración legislativa, la situación de los SLP cambió, encontrándose algunos que consolidaron su derecho a una asignación de retiro sin el factor computable subsidio familiar (antes del 1 de julio de 2014); otros que tendrían derecho a que les fuese reconocido el 30% de dicho factor, dado que venían devengándolo en actividad conforme al Decreto 1794 de 2000, y que se entiende, cotizaron al sistema teniendo en cuenta dicho factor; y otros que no la han percibido en actividad, quienes tendrán derecho a un porcentaje del 70%.

Como puede observarse, no se trata de una actitud temeraria de la entidad, sino que es la situación particular de los SLP la que enmarca la particularidad de la normativa que debe aplicarse al momento de liquidar su asignación de retiro.

En este punto, se advierte que no es posible reconocer al actor una situación jurídica diferente a la que muestra, pues la misma norma y jurisprudencia vigente, señala la forma y situación jurídica en que debe aplicarse la ley.

En cuanto al derecho a la igualdad, es claro que existe una justificación jurídicamente válida para el trato diferenciado entre los Soldados Profesionales y los Oficiales y Suboficiales, no obstante, la parte demandante señala que la vulneración del derecho a la igualdad se está presentando frente a los demás SLP que devengarán el 70% ¿Presunta transgresión al derecho de igualdad, entre iguales?, disyuntiva que en la demanda ni siquiera logra clarificarse, pues se expresa de plano una transgresión del derecho a la igualdad, frente a otros miembros de las FF.MM. En ese orden, no se advierte una ponderación clara que avizore su situación de desigualdad, o desmejoramiento frente a dichos SLP, sin tener en cuenta por ejemplo, que dicho reconocimiento (70% Subsidio Familiar) se prescribe para aquellos que nunca la hayan devengado, por el contrario, se concibe que el legislador previo este reconocimiento, precisamente a efectos de igualar la situación de los SLP que no hubieren devengado el Subsidio familiar, frente a aquellos que si lo hicieron, como por ejemplo el actor.

Siguiendo estos parámetros, se considera que no procede favorablemente la pretensión del actor en cuanto a reliquidar su asignación de retiro, incluyendo el Subsidio Familiar como factor computable en un 62.5%, pues se desconocería la normativa vigente en la materia, así como se pondría en riesgo la igualdad jurídica diseñada por el legislador entre iguales, para revalidar progresivamente los derechos de los SLP.

EXCEPCIONES DE FONDO

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

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

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

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

"La igualdad es un principio relacional en el que intervienen por lo menos dos elementos: las situaciones de hecho que se comparan y el criterio de comparación o 'patrón de igualdad' (también llamado 'tertium comparationi'). 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.

- **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.

- **NO CONFIGURACIÓN DE 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.

- **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

Ruego se consideren estos fundamentos:

Si bien es cierto que el criterio objetivo se ha establecido como uno de los criterios generalizados para el reconocimiento de las costas y agencias en derecho, es importante también advertir, que la materia analizada en esta ocasión, fue una temática que requirió un estudio de unificación por parte del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, dada las múltiples posturas frente a la Prima de Antigüedad,

Subsidio Familiar, Prima de Navidad, entre otras prebendas que seguramente seguirán generando una discusión jurídica.

En este contexto, es relevante que se valore que en el curso procesal, se dio claridad al objeto pretendido, a través de una –SU–, donde se efectuaron unos reconocimientos a los Soldados Profesionales y se negaron otros, de modo, que tal y como podría ocurrir en el presente caso, esto es prosperar parcialmente las pretensiones de la demanda, debe advertirse que no existe mala fe ni temeridad de mi prohijada, sino que se ha tratado de un curso y resolución procesal que regularmente sucede en el ejercicio judicial y jurídico de nuestro país, sobre todo en materias de compleja naturaleza, como la actual, y con la salvedad de que no fue provocado irreflexivamente por la entidad que defiende.

Se estima necesario así, considerar que el fundamento de la demanda en cuanto a la violación del derecho a la igualdad *-argumento central que se utilizó en vía gubernativa, y posteriormente, tanto en la solicitud de conciliación como en la demanda judicial, para fundamentar las pretensiones de la demanda-*, no fue revalidado por el Consejo de Estado en la SU, por el contrario, la Alta Corte aclaró el sentido del derecho a la igualdad en el caso particular de los Soldados Profesionales y los Oficiales y Suboficiales, situación que como ya se expuso, tanto para la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para los jueces y Magistrados del país, siempre generó posiciones e interpretaciones distintas, siendo menester abogar por su unificación, lo que demuestra su compleja resolución.

De todo lo anterior se concluye, que aun cuando es respetable el criterio que decida seguirse en cuanto a la imposición de costas y agencias en derecho, es igualmente válido y necesario, apreciar que la labor jurídica del abogado, no solo se limita a su actuación, sino que también es ineludible que la comprensión jurídica del abogado sea clara y precisa, y si se dimensiona así, la labor jurídica en esta ocasión, *-si bien fue oportuna y diligente-*, erró en su interpretación del derecho a la igualdad, argumento y piso jurídico central de los fundamentos que cobijaron las pretensiones.

Honorable Juez de conocimiento, se observa que se generó una discusión jurídica que se llevó a los estrados judiciales, para ser decantada finalmente por el Consejo de Estado, sin advertirse del contenido de la Sentencia de Unificación, que la entidad haya interpretado de manera indiscriminada el derecho a la igualdad en menoscabo de los soldados profesionales, en su lugar, la entidad acoge los postulados jurisprudenciales y constitucionales vigentes, sin perjuicio que en la posteridad en virtud del principio de progresividad, evolucione la forma de pensar sobre esta situación particular de las FF.MM, tal y como ocurrió por ejemplo con el Subsidio Familiar, y continua, verbigracia, con las iniciativas legislativas que pretenden estudiar lo relacionado con las partidas computables aplicables a los soldados profesionales en servicio activo y al momento del reconocimiento de su respectiva asignación de retiro.

Por lo anterior, solicito respetuosamente se analicen estos argumentos a efectos de tenerlos en cuenta en la sentencia de primera instancia, en lo atinente a la condena en costas, subsidio familiar y la prima de navidad, ajustándose a la línea jurisprudencial vigente establecida en la SU del 25 de abril de 2019.

Aunado a lo anterior, para el presente caso, se tiene lo siguiente:

1. La Entidad dio contestación a la demanda, aportando los antecedentes del Acto Administrativo demandado, en cumplimiento de lo señalado en el artículo 175 del CPACA.
2. La entidad acudió oportunamente a realización de la audiencia inicial.

3. La Entidad no realizó actos dilatorios, ni temerarios ni encaminados a perturbar el procedimiento.
4. La entidad, actualmente se encuentra conciliando en sede administrativa y judicial la problemática del reajuste y reliquidación de la prima de antigüedad, conforme a los parámetros de la SU, y a política de defensa que fuera fijada y aprobada por el Comité de Conciliación de CREMIL, en el mes de septiembre de 2020.
5. De igual manera se está efectuando en sede administrativa y a través de la figura jurídica de la extensión de jurisprudencia, el reconocimiento del reajuste y reliquidación de la prima de antigüedad, para aquellos soldados que soliciten dicho reconocimiento, facilitando a los Soldados Profesionales en retiro, través de la página web, la presentación de la solicitud, formato y acceso a la información requerida.

Por lo anterior, se puede concluir que, tratándose de las problemáticas de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesional y las partidas computables a tener en cuenta para el reconocimiento de su asignación de retiro, existía unas diferencias de interpretación que fueron debatidas en los diferentes despachos judiciales, para ser finalmente definidas por Consejo de Estado, pero una vez ejecutoriada la providencia de unificación, Cremil, ha adoptado todas las medidas pertinentes para el reconocimiento de los derechos consolidados por el alto Tribunal, lo que evidencia que la Entidad, ha realizado de buena fe los actos propios a la defensa judicial, por lo que, **respetuosamente se solicita a su señoría no imponer condena en costas y agencias en derecho a Cremil.**

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:

- Expediente prestacional
- Acto administrativo de reconocimiento de la Asignación de Retiro

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. Poder a mi conferido.
2. 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.
3. Acta de posesión 0015-20 del 12 de febrero de 2020, por la cual se asumen funciones.
4. Decreto de nombramiento del Director General de la Caja de Retiro de las FFMM.
5. Acta de posesión del Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
6. 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) **LEONARDO PINTO MORALES**

Bogotá D.C.,

Director General y Representante Legal tiene domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., y recibe notificaciones en el Edificio Bachué, Carrera 10 No. 27-27 Oficina 214.

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

Finalmente y para notificar al suscrito al correo: emoreno@cremil.gov.co

Atentamente;



EDDIE JOFRED MORENO FONQUE

CC. No. **1.022.984.486** de Bogotá D.C.

TP. No. **305.947** del C. S. de la J.

Folios: () Anexos ()