



Bogotá D.C.,

Nº 212

26/ENE./2018 01:31 P. M. ALINARES
DEST: JUZGADO 2 ADMINISTRATIVO
ATN: JUZGADO 2 ADMINISTRATIVO
ASUNTO: COMUNICACION - CONTESTACIÓN
REMITA: ANGIE TATIANA LINARES DUARTE - GRUPO
FOLIOS: 24
AL CONTESTAR CITE ESTE Nº 0008124
CONSECUTIVO: 2018-8124

SIOJ:78554

CAJA DE RETIRO DE LAS FF.MM



★ 1 0 8 7 2 4 9 ★

CERTIFICADO
CREMIL: 124958 / 128637

JUZGADO 2o. ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO PASTO

RECIBIDO

Fecha: 01 FEB 2018 Hora: 22:00

[Enviado] Adernos:

Folios: 25 (Gallo)

Remitido por: 124958

SECRETARIA

Señor:

JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE PASTO

CARRERA 23 # 19-10

Pasto (Nariño)

E. S. D.

Asunto: Contestación de Demanda- Reajuste del 20%, reliquidación de la prima de antigüedad y duodécima de la prima de navidad

PROCESO Nº: 2017 - 00284

DEMANDANTE: LUIS ANTONIO CARLOSAMA MORA

DEMANDADA: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

ANGIE TATIANA LINARES DUARTE, domiciliada en Bogotá, D.C., identificada con cédula de ciudadanía N°1.026.290.425 de Bogotá, D.C., Abogada en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional N°273.830 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 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 LAS PRETENSIONES

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se opone a las condenas a título de Restablecimiento del Derecho, así como a la condena en costas y agencias en derecho.

EN CUANTO A LOS HECHOS

Se aceptan los hechos relacionados con el agotamiento de la actuación administrativa (Vía Gubernativa). Frente a los demás, la entidad se opone, toda vez que son objeto de debate.

ANTECEDENTES

1-La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció asignación de retiro al Señor. Soldado Profesional (RA) LUIS ANTONIO CARLOSAMA MORA, mediante Resolución N° 6002 del 19 de diciembre de 2016.



Carrera 15 No. 23-50 Oficina de Retiro y Pensions
PBX: 2235 2350 2351 2352 2353 2354 2355 2356 2357 2358 2359
www.cremil.gov.co

3- Mediante Oficio N° 2017-39777 del 11 de julio de 2017, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó las pretensiones.

EXCEPCIÓN PREVIA

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 1º del Decreto 1794 de 2000, esto es, el salario mínimo incrementado en un 60% del mismo salario.

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

2

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

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

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

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

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

"En este orden de ideas, la conclusión a la que arribó la corporación judicial accionada resulta razonable y acorde a derecho, en atención a que tal como lo mencionó en el referido pronunciamiento judicial, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares es la competente de realizar las gestiones correspondientes al reconocimiento y pago de asignaciones de retiro, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 3 de la Ley 923 de 2004, solamente; de tal forma, la reclamación del reajuste salarial debió presentarse ante el Ministerio de

Defensa – Ejército Nacional, máxime si se tiene en cuenta que en el expediente del proceso ordinario se encontró acreditado que durante el servicio activo, al tutelante le era pagada la asignación básica aumentada en un 40% (Subrayados y Negrillas fuera del texto original).

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

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

En este orden de ideas, es importante destacar que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, **es un Establecimiento Público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa**, encargado de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensión de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho, con sujeción a la normatividad aplicable y vigente a la fecha de reconocimiento, **basada en la Hoja de Servicios que expide el Ministerio de Defensa**.

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

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

EXCEPCIONES DE FONDO

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

Indica el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004:

"(...) se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes". (Negrillas fuera del texto original).

Frente a este aspecto, esta defensa encuentra suficientemente clara la norma que indica

57

que el soldado profesional tiene derecho a que se le pague asignación mensual de retiro, así:

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

Asignación de retiro:

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

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

Así mismo lo entendió el Departamento Administrativo de la Función Pública, mediante Concepto Radicado No. 2014-6000006331, del 17 de Enero de 2014, donde indica que la liquidación prestacional que efectúa la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares para el reconocimiento de las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina, es acorde a las disposiciones normativas, y la fórmula que aplica en tal liquidación se encuentra ajustada a derecho.

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

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

A su turno, luego de citar el Artículo 16 del mismo Decreto, el Departamento Administrativo de la Función Pública 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 Infante de Marina"*

*"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 Infante de Marina 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 N° 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, **más 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 párrafo 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).*

*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 párrafo 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 Négrillas fuera del texto original).

*** Inexistencia de fundamento para incluir y liquidar como partida computable la duodécima de la prima de navidad, en la asignación de retiro del soldado profesional.**

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 estipuló para los oficiales y suboficiales, razón por la cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES no liquidó esta partida en la asignación de retiro del actor, obrando de conformidad con el mandato legal.

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

"13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1o del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto".

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

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

De otra parte, es preciso señalar que de conformidad con lo dispuesto en el PARÁGRAFO del ya citado artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 se establece:

PARÁGRAFO. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y

compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

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

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

ARGUMENTOS DE DEFENSA

*** 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 N° C-387/94, Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ, en los siguientes términos:

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

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

"La igualdad es un principio relacional en el que intervienen por lo menos dos elementos: las situaciones de hecho que se comparan y el criterio de comparación o 'patrón de igualdad' (también llamado 'tertiumcomparationi'). Las dificultades de interpretación pueden provenir del aspecto fáctico o del aspecto valorativo. En la primera de estas situaciones se presenta un problema de verdad o fáctico que debe ser resuelto con base en elementos probatorios empíricos. En la segunda, en cambio, el problema es de tipo normativo y debe ser solucionado a partir de algún método de interpretación que le proporcione sentido a los enunciados, de manera que la comparación de las situaciones concretas sea posible.

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

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

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

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

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

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

*** 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 cuándo es procedente declarar la nulidad de los actos administrativos, así:

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

En el caso bajo estudio, no se 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

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).

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.**

PRESCRIPCIÓN DE MESADAS SEGÚN REAJUSTE

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.

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:

- *Copia auténtica del cuadernillo de reconocimiento de la asignación de retiro del demandante.*
- *Copia auténtica del cuadernillo de correspondencia*
- *Concepto de la Función Pública*

Solicito al Despacho tener como pruebas los antecedentes administrativos que dieron origen al reconocimiento de la asignación de retiro del militar, así como las normas de carácter especial que rigen a los integrantes de las Fuerzas Militares (Decreto 4433 de 2004).

ANEXOS

1. Poder a mí conferido.
2. Acta de Posesión N° 054-2012, 06 noviembre 2012, de Dr. EVERARDO MORA POVEDA.
3. Resolución N° 6810 del 01 de noviembre de 2012, por medio de la cual se hacen unas incorporaciones a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
4. Resolución N° 30 de 2013, por medio de la cual se delegan unas funciones relacionadas con la actividad de defensa judicial de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
5. Decreto de nombramiento del Director General de la Caja de Retiro de las FFMM.
6. Acta de posesión del Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
7. Certificado de ejercicio de funciones del Director General de la Caja de Retiro FFMM.

NOTIFICACIONES

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, al señor MG (RA) del Ejército **EDGAR CEBALLOS MENDOZA**, Director General y Representante legal tiene domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., recibe notificaciones en el edificio Bachué, Carrera 10 N° 27-27 Oficina 214.

Correo electrónico notificaciones@cremil.gov.co

Atentamente;

Tatiana Linares.
ANGIE TATIANA LINARES DUARTE
C.C. N° 1.026.290.425 de Bogotá, D.C.
T.P. N° 273.830 del C. S. de la J.

Anexos: (18) Folios: (25)