



La seguridad
es de todos



CREMIL
Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

que obran en el expediente administrativo.

ANTECEDENTES

La Caja de Retiro de las FF.MM., reconoció asignación de retiro al señor Soldado Profesional (R) del Ejército Nacional JUAN CARLOS NIÑO ARISMENDY, mediante Resolución N°.5820 del 21 de julio de 2017, a partir del 31 de agosto de 2017, por haber acreditado un tiempo de servicio de 20 años, 06 meses y 24 días. Dicho reconocimiento se efectuó de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y de acuerdo con lo dispuesto en la hoja de servicios militares del actor.

Con escrito recibido y radicado en esta Caja N°.114742, del 14 de noviembre del 2018, el actor solicitó: la reliquidación y reajuste de la asignación de Retiro, tomando como base el artículo 1, inciso 2 del Decreto 1974 del 14 de septiembre de 2000 y se ordene liquidar la asignación teniendo en cuenta el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, adicionando un 38,5% de la prima de antigüedad, la inclusión como partida computable de la duodécima parte de la prima de navidad y el incremento del subsidio familiar.

En consecuencia de lo anterior, se dio respuesta a lo solicitado con oficio de salida N°.1191808 del 29 de noviembre de 2018.

RAZONES DE LA DEFENSA

EN CUANTO A LA LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO PRIMA DE ANTIGÜEDAD

Indica el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004: *"(...) se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho puntos cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes".*

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

$$\begin{aligned} \text{Salario Básico} &= \text{SMLMV (100\%)} + \text{Incremento en un 60\%} = 160\% \\ \text{Prima de Antigüedad} &= 38.5\% \end{aligned}$$

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 aderecho.

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 doselementos** 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"*



La seguridad
es de todos

Ministerio de
Defensa



CREMIL
Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

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, afolio 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: 11001333501720130055001, 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**

5

diferentes a los taxativamente señalados en dicha norma. (Subrayados y Negrillas fuera del texto original).

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

Sobre el tema de la duodécima de la prima de navidad, 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 símil 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 (...)

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.



La seguridad
es de todos

Ministerio de
Defensa



CREMIL
Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

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:

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

13.22 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 consagra 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.

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

Recientemente sobre el tema específico de los soldados profesionales, se ha pronunciado el **Tribunal Administrativo de Cundinamarca**, Sección Segunda Subsección C, siendo Magistrada Ponente la Dra. **LUZ MYRIAM ESPEJO RODRIGUEZ**, en fallo de fecha 20 de junio de 2018, dentro del proceso promovido por el señor **JULIO RIVELINO ROMERO SANCHEZ**, en el cual se expresó en uno de sus apartes:

Las orientaciones trazadas por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, también fueron expuestas en sentencia del 21 de Octubre de 2014 (11001-03— 15-000-2014-02296-00), 16 de Marzo de 2015(11001-03-15-000-2014-02434-01), 29 de Abril de 2015(11001-03-15-000-2015-000801-00) 21 de Mayo de 2015(11001-03-15-000-2015-00917-00) y 11 de Febrero de 2016(11001-03-15-000-2015-03532-00, entre otras, todas ellas de la Sección Segunda. Esta sala de Decisión, aun cuando llegó a conclusiones diferentes sobre la inclusión del subsidio familiar en las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, en aras de garantizar el derecho a la igualdad y en sujeción al principio de seguridad jurídica, acoge en su integridad las tesis expuestas por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, superior jerárquico, para efectos de resolver las controversias que tengan similar situación fáctica y jurídica como ocurre en el subexamine.

*Por lo tanto, es procedente inaplicar el parágrafo del **Artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004 en cuanto no incluye el subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales, en los casos en que devengaron el subsidio familiar hasta su retiro del servicio y consolidaron el derecho a la asignación de retiro, antes de la entrada en vigencia de los decretos 1161 y 1162 de 2014.** En estos eventos, corresponde aplicar las disposiciones que regulan lo pertinente para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, toda vez que constituyen el parámetro de igualdad aplicado por el H. Consejo de Estado a los Soldados Profesionales, si se tiene en cuenta que antes de los decretos 1161 y 1162 de 2014 no existía norma que ordenara la inclusión del subsidio familiar en la liquidación de las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, y estos estatutos tampoco consagraron efectos retroactivos.*

Así, se tiene que el artículo 13 del decreto 4433 de 2004 preceptúa que en la liquidación de la asignación de retiro de los Oficiales y los Suboficiales de las Fuerzas Militares, se debe incluir el "Subsidio Familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro".

Ahora bien, conforme a lo ordenado en el numeral 17.2 del artículo 17 del decreto 4433 de 2004 los Suboficiales y Oficiales de las Fuerzas Militares deben efectuar aportes para la asignación de retiro sobre el subsidio familiar, puesto que es una partida contemplada en el artículo 13 (numeral 13.1.7). En ese orden de ideas, siguiendo el parámetro de igualdad aplicado, la Sala considera que si los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares deben efectuar aportes sobre el subsidio familiar, también lo deben hacer los soldados profesionales a quienes se les ordene incluir dicho factor en la liquidación de la asignación de retiro, en el mismo porcentaje y por todo el tiempo en que lo devengaron en servicio



La seguridad
es de todos



CREMIL
Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

activo. Pero si el soldado profesional o el infante de marina profesional, consolida el derecho a la asignación de retiro después de la entrada en vigencia de los decretos 1161 y 1162 de 2014, 25 de junio de 2014, habrá lugar a incluir el subsidio familiar en los términos regulados en tales normas.

Ordenar que en la base de liquidación de las asignaciones de retiro de tales soldados profesionales se incluya el 100% del subsidio familiar que devengaban al momento del retiro de servicio, equivale a modificar la ley usurpando abiertamente las competencias que la propia constitución asignó en forma restrictiva al Congreso de la República como legislador ordinario y al Gobierno Nacional en ejercicio de la facultad reglamentaria.

Cierto es que el Decreto 4433 de 2004 dispone que en la base de liquidación de las asignaciones de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se debe incluir el 100% del subsidio familiar reconocido al retiro, pero ello no quiere decir que se vulnere el derecho de igualdad de los soldados profesionales a quienes se les incluye la partida en los términos de los decretos 1161 y 1162 de 2014, puesto que los Oficiales, Suboficiales y Soldados pertenecen a categorías disímiles, con rangos, grados, obligaciones, deberes y responsabilidades diferentes, que justifican la diferenciación que hace la ley.

*Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-057 de 2010 precisó que "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 corresponde las funciones de apoyo a los oficiales. 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 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.*

Tan es así que la norma ordena a los Oficiales y Suboficiales efectuar aportes sobre el subsidio familiar, mientras que a los soldados profesionales no les impone dicha carga. Además los decretos 1161 y 1162 de 2014 fueron expedidos por la autoridad competente en el ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, se encuentran vigentes y surtiendo plenos efectos jurídicos las cuales se tornan de obligatorio cumplimiento en virtud de los atributos de ejecutividad y ejecutoriedad.

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

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

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

Así pues, al revisar la normatividad antes transcrita, se encuentra que para efectos de reconocimiento de asignación de retiro, en forma taxativa se consagraron los parámetros, condiciones y porcentajes, que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento, dentro de los cuales encontramos los siguientes:

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

Al respecto, nótese como la norma en forma expresa establece la forma de reconocer la asignación de retiro, sin entrar a contemplar ni siquiera la posibilidad de factores adicionales.

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

ARTICULO 13. PARTIDAS COMPUTABLES PARA EL PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES. La asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1. Oficiales y Suboficiales: (...)

13.2. Soldados Profesionales:

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

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

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



La seguridad
es de todos



CREMIL
Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

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

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

LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

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.

EN RELACIÓN CON LAS 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).

LL

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 precisó 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...**"*.

Aunado a lo anterior, vale la pena mencionar algunos apartes del marco normativo y



La seguridad
es de todos

Mindelenza



de la Defensa



CREMIL
Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

jurisprudencial planteado sobre el tema de costas, mencionado en la Sentencia de Segunda Instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión No.4 del 28 de junio de 2016, Magistrado Ponente Dr. Javier Humberto Pereira Jáuregui, dentro del radicado 2014-00039-01, que señala:

(...)

5. CASO CONCRETO

Descendiendo al caso *sub examine*, se dirá que la entidad demandada manifestó en su impugnación que debía darse aplicación al numeral 5 del artículo 365 del C.G.P., el cual señala, que en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez puede abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, así mismo, que no incurrió en actos dilatorios, ni temerarios que perturbaran el procedimiento.

Así las cosas, la Sala empezará por señalar, que tal como fue expresado en el acápite precedente, el Honorable Consejo de Estado en sentencia de siete (7) de abril de 2016, Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14), Actor: JOSÉ FRANCISCO GUERRERO BARDI, varió la tesis que venía adoptando frente a la imposición de la condena en costas, y acogió el criterio objetivo al concluir que no se debe tener en cuenta la conducta de las partes (temeridad o mala fe). Razon por la cual, el argumento de la impugnante referente a que su actuación no fue dilatoria o temeraria, no tiene vocación de prosperidad, pues en nada incide al momento en que el Juez adopte la decisión.

No obstante, es claro que dicha "*objetividad*" también se relaciona con el hecho de que en toda sentencia se debe disponer sobre costas, es decir, que hay que decidir, bien sea para condenar total o parcialmente, o para abstenerse, según las precisas reglas del CGP, no necesariamente siempre para imponerlas.

De la lectura del artículo en comento, se advierte que dicha norma admite que en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez se abstenga de condenar en costas o pronuncie condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

En el asunto que nos ocupa, según se evidencia en el plenario se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, habida cuenta que, si bien es cierto

se declaró la nulidad del acto administrativo enjuiciado y como consecuencia se condeno a la entidad demandada a reliquidar y pagar la asignación de retiro al accionante, teniendo en cuenta el IPC para los años en que éste fue superior al aumento realizado con base en los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional, también se declaró la prescripción cuatrienal del derecho al pago de las diferencias prestacionales.

Por lo expuesto, el Juez de primera instancia tenía la potestad de imponer o no la condena en costas para lo cual se requería que en la sentencia impugnada se consignaran los fundamentos de hecho y de derecho que dieran lugar a su decisión.

Se encuentra entonces que en el presente caso el *a quo* consideró que debía condenarse en costas a la demandada sin sustentar las razones de su decisión (fl. 133).

Lo anterior, permite colegir que la condena en costas se efectuó sin que el Juez de primera instancia hiciera referencia específica al reconocimiento de la prescripción cuatrienal como causal para tomar la determinación de imponer la condena en costas, de manera que no actuó de acuerdo con lo reglado por el numeral 5 del artículo 365 del CGP.

En este orden de ideas, estima la Sala que el numeral quinto de la sentencia apelada debe ser revocado y en su lugar, procede no condenar en costas, ya que además de lo expresado es claro que al prosperar la excepción de prescripción se demuestra que en cierta forma le asistió razón a la defensa en sus argumentos.

En el mismo sentido, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección "B", en fallo del 25 de enero de 2018, siendo Magistrado Ponente el Dr. LUIS GILBERTO ORTEGON ORTEGON, señaló sobre el tema que:

(...)

Condena en costas.- Con respecto a la condena en costas, esta Sala considera que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que:



La seguridad
es de todos



CREMIL
Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

«...salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.».

De la norma transcrita se advierte, que no se impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de «disponer», esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

El Consejo de Estado, sobre el tema de la condena en costas se ha pronunciado, así:

«... La Subsección "A" de la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia dictada el 20 de enero de 2015, 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 la 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 el curso de la actuación, en donde el juez ponderando tales circunstancias, debe pronunciarse sustentando su decisión de procedencia.

La anterior interpretación se ajusta a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos "en que haya controversia." y "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".

En la sentencia cuestionada claramente el a quo expuso que no procedían teniendo en cuenta la buena fe desplegada en la discusión planteada.»

En el presente asunto, **no** se comparte la decisión del a quo de imponer costas, en cuanto se observa que no existe una conducta de mala fe que involucre abuso del derecho, ya que la parte demandada esbozó argumentos que aunque no prosperaron, son jurídicamente razonables, por lo que no es procedente la condena en costas.

(...)

Visto 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.

En conclusión, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares 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.**

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 '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 les 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



La seguridad
es de todos



CREMIL
Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

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 y el Decreto 1162 del 24 de junio del 2014, decretos que actualmente se encuentran vigentes y los cuales no han 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.

NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

Sobre el particular cabe resaltar que las actuaciones realizadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares; en consecuencia, estas actuaciones no se enmarcan en ninguna de las causales de nulidad y por ende no se encuentran viciadas de – **FALSA MOTIVACIÓN**, para lo cual es oportuno realizar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, el Honorable Consejo de Estado, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA -SUBSECCION "A", en SENTENCIA N° 10051 DE 1998, del 19 de marzo de

1998, CONSEJERA PONENTE: DOCTORA CLARA FORERO DE CASTRO, así: *"...La falsa motivación se configura cuando para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad. La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica, y ella debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable. (...)"*

En el caso bajo estudio, la Entidad ha actuado con apego a la ley y los actos administrativos expedidos se encuentran amparados bajo la presunción de legalidad, motivo suficiente para desestimar las suplicas de la demanda.

NO CONFIGURACIÓN DE CAUSAL DE NULIDAD

De otra parte, es preciso señalar que el artículo 137 del C.P.C.A, establece cuando 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 da causal alguna 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.

EXCEPCIÓN MIXTA

Prescripción del Derecho

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



La seguridad
es de todos



CREMIL
Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

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, en CUARENTA Y UNO (41) folios, además de los siguientes documentos:

- Hoja de servicios del titular de la prestación.
- Acto administrativo de reconocimiento de la Asignación de Retiro.
- Respuestas a Derechos de Petición por parte de CREMIL.

Así mismo, me permito indicarle al Despacho de la manera más respetuosa que el expediente administrativo del militar lo conforman varios cuadernillos, entre ellos: correspondencia, embargos, cumplimiento de sentencias (por diferentes asuntos), subsidio familiar, etc., por lo que no se remite la totalidad de este por considerar que no constituyen una prueba conducente y pertinente dentro de esta causa en tanto que sí se generan costos a cargo del erario.

No obstante, lo anterior, si el señor Juez considera que se debe aportar la totalidad de los cuadernillos que conforman el expediente administrativo del militar en forma inmediata esta defensa estará presta a atender su solicitud.

ANEXOS

1. Poder para actuar
2. Decreto de nombramiento de Director General.
3. Acta de posesión del Director General de la Caja de Retiro de las FF.MM.
4. Certificación de ejercicio del cargo del Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
5. Resolución No. 6810 del 01 de noviembre de 2012, por la cual se hacen unas incorporaciones.
6. Acta de posesión No. 054 del 06 de noviembre de 2012, por la cual se asumen funciones.
7. Resolución No 30 del 04 de enero del 2013.

NOTIFICACIONES

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, al señor Teniente Coronel (RA) **JUAN CARLOS LARA LOMBANA**, Director General y Representante Legal (E) 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:

14

notificacionesjudiciales@cremil.gov.co o por medio de la página web de la Entidad www.cremil.gov.co link notificaciones judiciales.

El suscrito apoderado en Bogotá D.C. en el Edificio Bachué, Carrera 10 No. 27-27, teléfono 3537300. EXT. 2288, teléfono móvil personal número 315 3518001, correo electrónico institucional notificacionesjudiciales@cremil.gov.co

Cordialmente,



ROBERTO JHONNYs NEISA NUÑEZ

C.C.80.203.856 de Bogotá

T.P. No.272.126 del C.S.J.

Anexo: SESENTA (60) Folios.

No. 212

Señores

ABOGADO 16 ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
CCC 866.

E. S. D.

ASUNTO: Poder

RADICADO: 20.19 - 00102
DEMANDANTE: JUAN CARLOS NIÑO ACUÑO
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

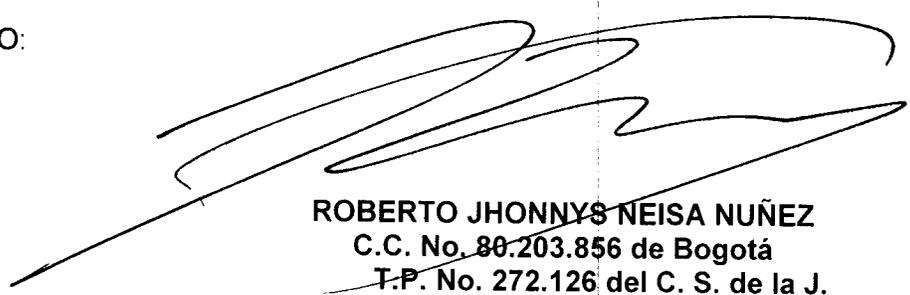
EVERARDO MORA POVEDA, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No.11.344.164 de Zipaquirá, domiciliado en esta ciudad, en mi calidad de Jefe de la Oficina Asesora de Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, Establecimiento Público del orden nacional, creado por la Ley 75 de 1925, adscrita al Ministerio de Defensa Nacional, por el presente documento confiero poder al Abogado **ROBERTO JHONNYS NEISA NUÑEZ**, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 80.203.856 de Bogotá, con Tarjeta Profesional No. 272.126 del Consejo Superior de la Judicatura, para que asuma la defensa de la entidad en el asunto referido.

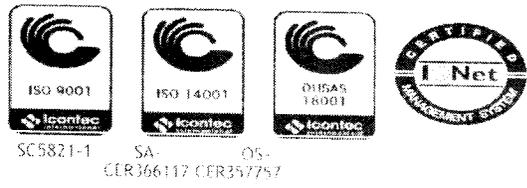
El apoderado queda expresa y ampliamente facultado en los términos del artículo 77 del Código General de Proceso (Ley 1564 del 2012) y de manera especial para solicitar copias, asistir a audiencias, interponer recursos, contestar demanda, intervenir, conciliar en los términos del acta respectiva, sustituir, desistir, reasumir, renunciar y, en general, para ejercer las atribuciones inherentes al mandato judicial y en defensa de la entidad.

Atentamente,


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

ACEPTO:


ROBERTO JHONNYS NEISA NUÑEZ
C.C. No. 80.203.856 de Bogotá
T.P. No. 272.126 del C. S. de la J.



PBX: (57) (1) 3537300.
FAX: (57) (1) 3537306.
Linea Nacional: 01 8000 912090.
www.cremil.gov.co
Carrera 13 # 27-00.
Bogotá-Colombia.
f Cremilco @Cremilco C Cremil.co