



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



República de Colombia
Rama Judicial



SIGMA

**Jurisdicción Contencioso Administrativa de La Guajira
Juzgado Segundo Administrativo Mixto del Circuito de Riohacha**

AVISO DE FIJACIÓN EN LISTA TRASLADO DE EXCEPCIONES

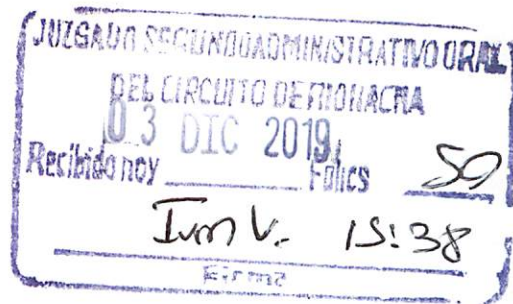
Hoy, nueve (09) de junio de dos mil veinte (2020), a las ocho de la mañana (8:00 am.), se corre traslado a la parte demandante por el termino establecido en lo dispuesto en el artículo 175 parágrafos No. 2 del C.P.A.C.A, modificado por la Ley 2080 de 2020 de las **EXCEPCIONES**, presentada en la contestación de la demanda, dentro del proceso que se tramita por el Medio de Control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **LIBARDO PULECIO PULECIO** contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL** radicado bajo N° **44-001-33-31-002-2017-00334-00**.

Lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 110 del C.G.P. en concordancia con lo señalado en el artículo 175 parágrafos No. 2 del C.P.A.C.A. Modificado por la Ley 2080 de 2021.

LUISA FERNANDA DAGOVETT DAZA
Secretaria



MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
EJÉRCITO NACIONAL
DEPARTAMENTO JURÍDICO INTEGRAL
DIRECCIÓN DE DEFENSA JURÍDICA INTEGRAL



Doctora

KELLY NIEVES CHAMORRO

JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
RIOHACHA

REFERENCIA: 44-001-23-40-002-2017-00334-00

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

ACTOR: LIBARDO PULECIO PULECIO

DEMANDADO: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA

ALEX ADOLFO PIMIENTA LOZANO, mayor de edad, vecino de esta ciudad, abogado en ejercicio, identificado con cédula de ciudadanía No 84.083.690 de Riohacha y Tarjeta Profesional No. 126778 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi condición de apoderado judicial de la **NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL**, por medio del presente escrito me permito contestar la demanda de la referencia, así:

PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

Solicita se declare la nulidad del oficio No. OFI09 - 69193 MDNSGDAGPSAP DEL 02 DE SEPTIEMBRE DE 2016, mediante el cual la entidad a la cual represento negó la re liquidación y reajuste de la asignación de retiro con aplicación del mayor porcentaje entre el índice de precios al consumidor IPC y el decretado por el Gobierno Nacional para incrementar las asignaciones básicas de los integrantes de la Fuerza Pública en cumplimiento de la escala gradual porcentual para los años 1997, 1999, 2001, 2003 y 2004 con fundamentos en los artículos 14 de la ley 100 de 1993 y 1º de la ley 238 de 1995.

OPOSICION A LAS DECLARACIONES Y CONDENAS

Me opongo a las pretensiones esbozadas en el escrito de demanda en consideración a que:

1. Los aumentos de la asignación de retiro de la fuerza pública fueron realizados según las disposiciones vigentes de conformidad con los decretos que anualmente expide el gobierno para fijar los sueldos básicos del personal en servicio activo.
2. En relación con las pensiones se aplica el principio de oscilación el cual dispone que las asignaciones de retiro se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo introduzcan en las asignaciones del personal en actividad para cada grado. (decreto 1211 de 1990).
3. No debe aplicarse al demandante los artículos 14 y 142 de la ley 100 de

1993, con fundamento en la ley 238 de 1995 que adicionó el artículo 279 de dicha ley y en presencia de la ley 4a de 1992 que es una ley marco, en consideración a los argumentos que expondremos posteriormente.

4. Las Fuerza Pública a diferencia de los ciudadanos regulados por la Ley 100/93 ostenta dentro de su salario y prestaciones partidas que no son del común de prestaciones recibidas por el resto de personas, razón por la cual el aumento de las asignaciones de retiro decretados por el gobierno nacional no viola el principio de igualdad ni de favorabilidad.

PETICION PRINCIPAL DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.

De conformidad con los argumentos que se plantearan en esta contestación, solicitamos se nieguen las pretensiones de la demanda y se inaplique por inconstitucional y para el presente asunto, la ley 238 de 1995 y por ende el artículo 14 y 142 de la ley 100 de 1993.

PROBLEMA JURIDICO CENTRAL.

¿Debe aplicarse al demandante los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993, con fundamento en la ley 238 de 1995 que adicionó el artículo 279 de dicha ley y en presencia de la Ley 4 de 1992 que es una ley marco?

LINEA JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO EN RELACION CON ESTE TEMA.

El Consejo de Estado ha venido acogiendo afirmativamente las pretensiones de los demandantes del reajuste de la pensión con fundamento en los siguientes argumentos:

En la sentencia proferida el 17 de mayo de 2007 el Consejo de Estado expuso:

- 1) El reajuste para las asignaciones de retiro de los beneficiados con la misma se regía conforme lo dispone el Decreto 1212 de 1990, es decir mediante la metodología de oscilación de las asignaciones de los miembros de la fuerzas Militares y de Policía en actividad,
- 2) El anterior panorama varió desde el mismo momento en que entró a regir la ley 238 de 1995, mediante la cual se ADICIONÓ el artículo 279 de la ley general de pensiones con el siguiente párrafo:

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados."

A partir de la anterior adición, el grupo de pensionados de los sectores excluidos de la aplicación de la ley 100 de 1993, sí tienen derecho a que se les reajuste sus pensiones en los términos dispuestos por el artículo 14 de la ley 100 de 1993, es decir teniendo en cuenta la variación porcentual del índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, así como también tienen derecho a la mesada

14 en los términos del artículo 142 ibídem.

3) Se presenta una aparente antinomia, teniendo en cuenta que el presidente de la República, con fundamento en una ley marco, esto es la ley 4a de 1992, expidió los decretos mediante los cuales fijó los sueldos básicos y/o aumentos salariales para el personal de oficiales, suboficiales, agentes, personal del nivel ejecutivo, materializándose así los reajustes de manera oficiosa, con base en el régimen salarial especial y distinto al de los demás trabajadores de la Administración Pública,

) El Congreso de la República, con base en el artículo 150 de la carta magna, adicionó el artículo 279 de la ley 100 de 1993, y al hacerlo surgió un enfrentamiento de normas: Las previstas en la ley 4- de 1992, que es ley marco, y una ley ordinaria como fue la expedida ley 238 de 1995.

5) No podría inaplicarse la ley 238 de 1995, con fundamento en la existencia de una ley anterior marco, en la medida en que:

".....Solo podría dejar de aplicar una ley ordinaria posterior, especial y más favorable, según se verá más adelante, en lugar de una ley marco anterior y su decreto 1212 de 1990 que la desarrolla, bajo la condición de que aquella fuera incompatible con la Constitución Política, debido a que esa es la única hipótesis constitucional para dejar de aplicar una ley que no ha sido declarada inexecutable.

'Lo anterior determina, además, que frente a los alegatos del acto acusado que enfrenta el sistema de reajustes de la oscilación de las asignaciones en actividad, que según la Caja demandada deben prevalecer sobre el del artículo 14 de la ley 100, el artículo 53 de la Constitución Política ordena darle preferencia a la norma más favorable, en la hipótesis de que llegare a haber duda en su aplicación, que para, la Sala no la hay, por lo dicho anteriormente..."

6) Como la ley posterior ordinaria es más favorable para la demandante que la ley marco anterior y que el Decreto 1212 de 1990, habida cuenta que al hacer la comparación entre los reajustes pensionales derivados del aumento de asignaciones en actividad de los oficiales de la Policía Nacional establecidos en los decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001 y 745 de 2002 y los que resultan de la aplicación del artículo 14 de la ley 100 de 1993, se evidencia que la aplicación de este sistema de reajuste resulta ser cuantitativamente superior.

7) Desde la Constitución Política de 1886 a los reconocimientos periódicos que hace el estado a los retirados de la fuerzas militares se les denominó genéricamente PENSIONES (art. 169) y que en la actual sucedió otro tanto (art. 220), habiéndose ampliado a los miembros de la fuerza pública (militares y policial).

La Corte Constitucional, rectificó el criterio que tuvo cuando aseguró, en sentencia C - 941 de 2003, que las asignaciones de retiro no eran pensiones y fue así como en sentencia C - 432 de 2004 reconoce que las asignaciones de retiro se asimilaban a las pensiones de vejez o de jubilación, luego entonces las asignaciones de retiro, son una especie de pensión, como también lo son las pensiones de invalidez y las pensiones de sobrevivientes del personal de la fuerza

pública, por lo que resulta irrelevante el argumento de quienes anteponen lo dispuesto en el artículo 220 de la Constitución Política, máxime que las asignaciones de retiro no pueden ser compatibles con las pensiones de invalidez ni de sobrevivientes militares o policiales y tampoco son reajustables por servicios prestados a entidades de derecho público, no obstante el interesado puede optar por la más favorable, como expresamente lo permite el inciso 2° del artículo 36 del decreto 4433 de 2004.

"Estando de acuerdo con la apreciación del Consejo de Estado en cuanto a que lo que subyace es un problema de antinomia normativa, no aparente sino verdadero conflicto de normas, por lo que lo primero que se va a presentar en esta contestación de demanda son las diferente tipología de leyes existentes en nuestro ordenamiento jurídico, para posteriormente establecer de qué naturaleza son las normas legales que se encuentran en contradicción y consiguientemente concluir, de acuerdo con las reglas de hermenéutica jurídica, cuál de ellas prevalece.

CLASIFICACIÓN DE LAS LEYES:

Dentro de las diferentes clasificaciones de leyes contempladas en nuestra constitución nacional sobresalen las Leyes marco (art 150-19), las leyes de facultades extraordinarias (art. 150-10) y las leyes ordinarias.

Para nuestro análisis, nos detendremos en la concepción de las leyes marco, leyes que conceden facultades extraordinarias y de las leyes ordinarias.

DE LA LEY MARCO.

Es sabido que la reforma de 1968 modificó la estructura tradicional de reparto de competencias entre el legislativo y el ejecutivo y fue así como mediante acto legislativo No. 1 de 1968, se estableció una distribución concurrente de competencias entre el Congreso y el Gobierno para la regulación de determinadas materias. Así pues, con esta reforma lo que se le concedió al gobierno fue capacidad normativa en ciertas materias (En vigencia de la Constitución de 1886 lo era solo para temas económicos), en tanto que al Congreso se le redujo la misma.

La finalidad de la reforma, según lo advierte la Corte Constitucional, fue en su momento, la de establecer mecanismos más eficientes para enfrentar los retos impuestos por la realidad económica, dinámica y cambiante, retos éstos que exigían decisiones oportunas, sin necesidad de recurrir al trámite legislativo que incluye la elaboración, presentación, reparto, discusión, aprobación, sanción y publicación de la ley. Además también se tuvo en cuenta que era inconveniente, dada la especialidad temática y la complejidad de los asuntos objeto de regulación, la publicidad de tales materias debatidas en la cámara, lo que explicaba la frecuente delegación legislativa en el Gobierno para regular los asuntos económicos. Es decir en la práctica los asuntos económicos se estaban delegando al Gobierno.

Así, la ley marco hoy denominada LEY GENERAL tuvo su génesis en el acto legislativo No. 1 de 1968, que incorporó en los artículos 76-22 y 120-22 de la Constitución de 1886, la disposición según la cual al Presidente de la República le correspondía regular el cambio internacional, con sujeción a la normas generales dictadas para tal efecto por el Congreso.

Desde entonces la ley marco o general ha sido considerada como aquella mediante la cual el legislador señala límites, pautas, marco o lineamientos generales de actuación para la regulación de la correspondiente materia por el Gobierno.

Es importante destacar que la Corte Constitucional en el fallo del cual extraeremos las diferencias anunciadas, también afirmó que la ley marco carece de eficacia regulatoria plena sin los decretos que la desarrollen, así como también que los decretos del gobierno en estos asuntos son improcedentes sin la respectiva ley general.

Como características a destacar de ésta tipología de ley, la Corte Constitucional trajo a colación las enunciadas por la Corte Suprema de Justicia y que son:

Señala principios, pautas, métodos, políticas generales de actividad gubernamental, respecto de los temas indicados en el numeral 22 del artículo 76 (Hoy 150-19), determinando los linderos y contenidos amplios sobre materias allí señaladas, pero que deja su concreción al Ejecutivo por medio de "Decreto".

Es general, con más políticas que hipótesis concretas, orientaciones que decisiones específicas.

La reserva de la iniciativa inhibe al legislador para la producción de leyes marco.

Le está vedado al legislador introducir normas tendientes a legislar sobre ellas.

Le está vedado al legislador facultar extraordinariamente al Gobierno para expedir leyes marco.

DIFERENCIAS ENTRE LA LEY MARCO (LEY GENERAL) Y LAS LEYES QUE CONCEDE FACULTADES EXTRAORDINARIAS.

la Corte Constitucional en la Sentencia C-781 de 2001 señaló las principales diferencias existentes entre la Ley general y la Ley que otorga facultades extraordinarias así:

11. *Los aspectos comunes más relevantes entre el otorgamiento de facultades extraordinarias al Gobierno y la ley marco o general están referidos a parte del proceso legislativo. Ambas leyes se aprueban en cuatro debates, requieren de la sanción del Gobierno Nacional y se publican en el Diario Oficial. Señalan, a su manera, límites a la actuación normativa del Gobierno y son objeto de control público de constitucionalidad. Requieren de la participación normativa del Gobierno a través de decretos para poder tener a disposición la respectiva regulación, en cuanto la decisión del legislador, por sí sola, carece de eficacia legislativa suficiente. Igualmente expresan la concreción del principio de libertad de configuración legislativa.*

12. Las diferencias materiales y de procedimiento se resumen en lo siguiente:

La figura de la delegación de competencia legislativa del Congreso en el Gobierno fue consagrada en 1886 en el artículo 76 numeral 10 de la Constitución Política.^[11] La ley general establecida en la Constitución de 1991 corresponde a la anteriormente denominada por la doctrina como ley marco o ley cuadro, la cual fue instituida en la reforma constitucional de 1968 (A.L. 1 de 1968, art. 11, nl. 22).

Las facultades extraordinarias regularmente se otorgan en una ley ordinaria, situación que no excluye que también sea procedente conferir las en otro tipo de ley, incluso en una ley general.^[12] Lo anterior permite afirmar que no existe una ley especial denominada "ley de facultades extraordinarias" sino la decisión del Congreso de otorgar en el Gobierno facultades para la regulación de asuntos propios de la competencia ordinaria del legislador. De esta manera, no hay ley de facultades extraordinarias sino facultades extraordinarias en una ley, que bien puede ser una ley ordinaria o uno de los tipos especiales de ley, con la condición que en la aprobación del artículo o artículos de la ley en los cuales se realice la delegación legislativa se atiendan los requisitos consagrados en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución. Por el contrario, la ley general es un tipo especial de ley.

A través del otorgamiento de facultades extraordinarias el Congreso de la República inviste de autoridad al Gobierno Nacional para expedir decretos con fuerza de ley, en asuntos que son de competencia del legislador ordinario.^[13] En la ley marco el Congreso dicta las normas generales y señala los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para ejercer las funciones que en ciertas materias le asigna la Constitución.

En las facultades extraordinarias se presenta la delegación de competencia legislativa, propia del Congreso de la República, en el Gobierno.^[14] En la ley general el Congreso no otorga facultad legislativa al Gobierno en cuanto la regulación de las correspondientes materias económicas exige la participación conjunta, indelegable e irrenunciable tanto del legislativo como del ejecutivo. En el primer caso se "establecen los parámetros dentro de los cuales debe moverse el Ejecutivo para legislar en forma extraordinaria.^[15] y en el segundo "Las leyes marco suponen una distribución de competencias entre el legislativo y el ejecutivo".^[16]

Existe una amplia y variada gama de materias que pueden ser objeto de facultades extraordinarias, la cual comprende los asuntos propios de la potestad legislativa del Congreso, con las excepciones expresamente señaladas en el artículo 150-10 de la Constitución.^[17] Las leyes generales están instituidas para regular en forma concurrente entre Congreso y Gobierno, los asuntos económicos expresamente indicados en el artículo 150-19 de la Constitución. Las facultades extraordinarias tienen por objeto cualesquiera de las materias que integran el campo de la legislación ordinaria mientras que la reserva material de ley general constituye una excepción al principio de la cláusula general de competencias del legislador ordinario.^[18] La restricción material para el Congreso se expresa en la prohibición de expedir leyes ordinarias que regulen asuntos sometidos a reserva de ley general y la de otorgar facultades extraordinarias al Gobierno en estas materias (C.P., art. 150-10).^[19]

El Congreso, al otorgar facultades extraordinarias, no desarrolla la materia legislativa que delega en el Gobierno.^[20] Su papel se limita a señalar o precisar las materias

en las que inviste temporalmente de competencia legislativa al ejecutivo para que ejerza, por una sola vez, tales facultades.^[21] En la ley marco el Congreso señala al Gobierno "las pautas generales dentro de las cuales este último debe desarrollar en concreto su facultad reglamentaria ejecutando esos principios en forma dinámica y de fácil modificación".^[22]

Las facultades extraordinarias deben ser solicitadas expresamente por el Gobierno. Por su parte, la iniciativa para la presentación del proyecto de ley general corresponde al principio general sobre la iniciativa legislativa (C.P. arts. 154, 155 y 156), excepto las leyes a que se refieren los literales a), b) y e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución, las cuales solo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno (C.P., art. 154).

Las facultades extraordinarias se otorgan con un plazo determinado (pro tempore en la Constitución de 1886 y no superior a seis meses en la de 1991) y se agotan cuando el Gobierno hace uso de ellas, dentro del plazo y por una única ocasión, o cuando vence el término dado sin que el Gobierno las haya ejercido.^[23] la ley general se aprueba con carácter indefinido, no señala plazos al Gobierno para la expedición de los decretos que la complementen y permite al Gobierno ejercer su potestad regulatoria cuantas veces sea necesario. Si no se hace uso de las facultades extraordinarias, éstas se extinguen cuando vence el término señalado por el Congreso, figura inexistente en la ley general.

La decisión de otorgar facultades extraordinarias al Gobierno requiere la aprobación de la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara; la aprobación de la ley general se realiza por la mayoría simple en cada uno de los debates.

Para otorgar facultades extraordinarias se requiere que la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje (C.P./86, art. 76-12 y C.P./91, art. 150-10),^[24] tales circunstancias no se exigen para la aprobación de la ley general.

Las facultades extraordinarias deben ser precisas y expresas.^[25] En la ley general el legislador dispone de cierta flexibilidad para regular las materias económicas. Aunque la Constitución no señala la extensión de la ley general, el mayor alcance de la ley implica menor espacio para la actuación del decreto. Existe de todas maneras un límite al legislador y al Gobierno de acuerdo con la materia específica y cualquier exceso repercutirá en la inexequibilidad de la ley o en la nulidad de los decretos.

Los decretos expedidos por el Gobierno Nacional en desarrollo de la ley de facultades tienen rango legislativo, con efectos similares a los de una ley ordinaria y corresponde a la Corte Constitucional revisar su constitucionalidad (C.P. arts. 150-10 y 241-5).^[26] Los decretos expedidos por el Gobierno Nacional son de naturaleza administrativa y, aunque no pertenecen a la potestad reglamentaria del Gobierno, son demandados en su inconstitucionalidad ante el Consejo de Estado (C.P., art. 237-2).^[27] Al respecto señaló esta Corporación:

La Corte debe afirmar en esta ocasión que, pese al carácter general atribuido por la Constitución a los preceptos integrantes de las leyes "marco", como no hay un traslado de competencia legislativa a la cabeza del Gobierno, sino que éste debe desarrollar, sin salirse de su órbita ejecutiva, los lineamientos, las políticas y los criterios fijados en la ley, habrá necesariamente disposiciones dotadas de un carácter más específico pero siempre legislativo, en la medida en que la materia

correspondiente está reservada exclusivamente al legislador. En otros términos, en este tipo de leyes lo que queda para la actividad de regulación del Gobierno solamente puede ser de índole administrativa, pues en virtud de ellas no está investido el Presidente de la República de la atribución de legislar, a la manera como sí acontece con las leyes de facultades extraordinarias.^[28]

Los decretos expedidos en ejercicio de facultades extraordinarias regulan ampliamente la materia delegada; los decretos expedidos en desarrollo de la ley general complementan la regulación de la materia económica, dentro del marco diseñado en la respectiva ley.

Los decretos expedidos en uso de la delegación legislativa no pueden ser modificados por el Gobierno, a menos que se le otorguen nuevas facultades sobre la misma materia, y los decretos expedidos en desarrollo de leyes generales pueden ser modificados en cualquier tiempo por el Gobierno, siempre y cuando respeten el marco establecido en la ley general.

Finalmente, cuando el Gobierno actúa en ejercicio de facultades extraordinarias lo hace en cumplimiento de función legislativa, cuyo titular es el Congreso de la República; cuando actúa en aplicación de la ley general lo hace en ejercicio de una función administrativa propia, otorgada por la Constitución Política (C.P./86, art. 120-22 y C.P./91, art. 189-25).^[29]

13. Como se aprecia, aunque existen semejanzas entre la delegación de competencias legislativas en el Gobierno y la ley general, son ellas claramente diferenciables entre sí, a partir de aspectos como la titularidad de la función, la finalidad de las normas, las materias objeto de regulación, la temporalidad de las decisiones, el requisito de consenso para su aprobación, la naturaleza de los respectivos decretos, el juez competente para conocer de las demandas contra los decretos, entre otras.

Como conclusión se puede señalar:¹

1. Que está vedado al legislador introducir normas tendientes a legislar sobre las leyes generales, marco o cuadro.
2. Que le está vedado al legislador facultar extraordinariamente al gobierno para expedir leyes marco.
3. Que la reserva material de ley general constituye una excepción al principio de la clausula general de competencias del legislador ordinario.
4. Que la restricción material para el congreso se expresa en la prohibición de expedir leyes ordinarias que regulen asuntos sometidos a reserva de ley general y la de otorgar facultades extraordinarias al gobierno en estas materia (art. 150-10).
5. Que la Ley general a las que se refieren los literales a), b) y e) del numeral 19 del art.150 de la constitución, solo podrán ser dictados o reformados por iniciativa del gobierno (C.P. ART. 154).
6. Que existe un límite al legislador y al gobierno de acuerdo con la materia específica y cualquier exceso repercutirá en la inexequibilidad de la ley o en la

¹ Estas conclusiones son importantes de tener en cuenta ya que fueron expuestas en la sentencia C-781 de 2001 argumentos base de la decisión que allí se tomó.

nulidad de los decretos.

DE LA LEY ORDINARIA.

Se trata de aquella que no tiene requisitos especiales para su expedición y vigencia, por ende regula situaciones generales, de manera impersonal, obligatoria y abstracta. Mantiene una relación horizontal con las demás normas del sistema y su aplicación se rige por los criterios ordinarios de vigencia en el tiempo y en el espacio.

Importa resaltar que es característica de este tipo de leyes que las mismas no realizan una función asignada en forma general a otra rama del poder público.

ANTECEDENTE LEGISLATIVO DEL RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LA FUERZA PÚBLICA:

En vigencia de la Constitución de 1886, existían tanto las facultades extraordinarias concedidas por el legislador al ejecutivo para legislar y la ley marco según la cual desde la misma Constitución se le concedían facultades al ejecutivo para reglamentar determinada materia bajo las orientaciones emanadas de una ley general que debía expedirse previamente.

En ese entonces la ley marco solo permitía regular aspectos referentes a materias económicas, razón por la cual no fue a través de una ley marco sino a través de la ley 66 de 1989 por medio de la cual concedió FACULTADES EXTRAORDINARIAS *protempore*, AL EJECUTIVO para reformar los estatutos y el régimen prestacional del personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y Civiles del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

Con base en dicha ley se expide el Decreto 1212 de 1990, cuya naturaleza fue la de ser un Decreto Ley, habida cuenta que fuera emitido porque el Congreso delegó temporalmente en el ejecutivo la facultad de legislar.

El legislador se valió en ese entonces de la posibilidad que le daba la Constitución para delegar, toda vez que como se ha insistido en ese entonces la ley marco solo operaba para los asuntos económicos.

En este orden de ideas podemos concluir que el Decreto 1212 de 1990 no desarrolló una ley marco, como de manera equivocada se afirma en la sentencia fundante de línea del Consejo de Estado², sino que tiene la naturaleza de Decreto ley por haber sido expedido con base en lo que se conoce como una ley de facultades.

² En efecto, textualmente el consejo de Estado afirmó en la sentencia del 17 de mayo de 2007, ya referenciada lo siguiente:

.....Ahora bien, la Sala solo podría dejar de aplicar una ley ordinaria posterior, especial y más favorable. según se verá más adelante, en lugar de una ley marco anterior y su decreto 1212 de 1990 que la desarrolla, bajo la condición de que aquella fuera incompatible con la Constitución Política. debido a que esa es la única hipótesis constitucional para dejar de aplicar una ley que no ha sido declarada inexecutable.

Y la Sala encuentra que la ley 238 de 1995 es más favorable para la demandante que la ley 4ª de 1992 y el decreto 1212 de 1990, porque al hacer la comparación entre los reajustes pensionales derivados del aumento de las asignaciones en actividad de los oficiales de la Policía Nacional establecidos en los decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001 y 745 de 2002 y los que resultan de la aplicación del artículo 14 de la ley 100 de 1993. Se evidencia que la aplicación de este sistema de reajuste resulta cuantitativamente superior... (resaltado fuera de texto)

Posteriormente viene la Constitución de 1991 y es en ella en donde se amplía el espectro de la ley marco, también denominada ley general o cuadro y es así como en el literal e) del numeral 19 del artículo 150 se incluyó el tema de los salarios y prestaciones de la fuerza pública para ser regulado a través de la concurrencia de dos autoridades: Por un lado el Congreso quien a través de una ley general debía impartir las pautas u orientaciones dentro de las cuales debía movilizarse el ejecutivo y por el otro el Ejecutivo quien a través de Decretos reglamentarios debía poner en práctica las pautas, principios y orientaciones que desde la ley general se le imponían.

Fue dentro de este contexto constitucional que se expidió la ley 4a de 1992, cuya naturaleza sin lugar a dudas es la de ser una LEY GENERAL (ley marco) y por ende de carácter especial.

Bajo el amparo de dicha ley, se expidieron los Decretos 107 de 1996, 122 de de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001 y 745 de 2002. Hasta aquí no existía inconveniente alguno, hasta cuando el legislador en uso de la cláusula general de competencia, decidió expedir la ley 238 de 1995, que en su artículo único estableció:

ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo.

Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación (le los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados (le los sectores aquí contemplados.....

La ley anterior tiene la naturaleza de una ley ordinaria y a partir de su expedición apareció el problema jurídico que hoy nos ha convocado y que se formulara en los siguientes términos:

¿Debe aplicarse al demandante los artículos 14 y 142 de la ley 100 de 1993, con fundamento en la ley 238 de 1995 que adicionó el artículo 279 de dicha ley y en presencia de la ley 4a de 1992 que es una ley marco?

Antes que nada es preciso recordar que conforme lo dispone el artículo 243 de la C.N. los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional y las afirmaciones que se hagan en los mismos tienen el mismo efecto siempre que ellas se constituyan como la *ratio decidendi* de la decisión.

La anterior remembranza obedece a que la Corte Constitucional, en sentencia C-781 de 2001, precisó las características que rodean una ley general o marco y que ya fueron explicitadas en párrafos anteriores. De las conclusiones de la lectura de la sentencia de la Corte indudablemente se infiere el estatus especial que tiene una ley marco o general frente a una ley ordinaria, pues no en vano dijo el intérprete autorizado de la Carta fundamental que:

1. Le está vedado al legislador introducir normas tendientes a legislar sobre las leyes generales, marco o cuadro.
2. La reserva material de la Ley general constituye una excepción al principio de la cláusula general de competencia del legislador ordinario.

6

3. La restricción general para el Congreso se expresa en la prohibición de expedir leyes ordinarias que regulen asuntos sometidos a reserva general y que la ley general a la que se refiere los literales a) b) y e) del numeral 19 del art. 150 de la constitución y que existe un límite al legislador y al gobierno de acuerdo con la materia específica y cualquier exceso repercutirá en la inexecutable de la ley o en la nulidad de los decretos.

Así pues al momento de responder el planteamiento jurídico se hace imperioso reiterar las afirmaciones de la Corte Constitucional, para así inferir que indudablemente el estatus jerárquico de la ley marco y sus decretos reglamentarios, entendidos como una unidad, debe prevalecer sobre una ley ordinaria expedida a sin tener en cuenta la Constitución.

Hacemos uso de la expresión "sin tener en cuenta la Constitución", toda vez que si bien es cierto el Congreso es el titular de la cláusula general de competencia, no por ello debe desconocer el contenido normativo de la Carta superior que le ordena que ciertas materias deben ser reguladas a través de una ley general y no a través de una ley ordinaria, ley general que ya había sido expedida y producto de la cual también habían sido expedidos varios Decretos reglamentarios.

Nos estamos refiriendo a la existencia, para entonces, de la ley 4a de 1992 y de sus decretos reglamentarios 107 de 1996, 122 de de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001 y 745 de 2002.

Históricamente se ha manejado la regla hermenéutica según la cual la ley especial rige sobre la general, y en nuestro criterio no existen razones suficientes para inaplicar tal regla, habida cuenta que la ley 4, de 1992 en conjunto con los Decretos que regularon el incremento de los activos de las fuerzas militares se erigen como normas especiales frente a una ley que a parte de tener la categoría de ordinaria, fue expedida desatendiendo mandatos constitucionales.

Dar prevalencia a, la ley 238 de 1995 sobre la ley especial marco implica no solamente que se avale una norma expedida desatendiendo los mandatos constitucionales como lo dijimos, sino también que desconozcamos lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencias C- 781 de 2001 y C-432 de 2004 (solo por mencionar dos de ellas)

DE LA NATURALEZA ESPECIAL DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL RÉGIMEN PRESTACIONAL DE LA FUERZA PÚBLICA:

En efecto en sentencia C-432 de 2004³, la Corte Constitucional concluyó que el régimen prestacional de la fuerza pública es un RÉGIMEN ESPECIAL y no puede ser regulado ni por una ley ordinaria, como la ley 100 de 1993 ni por decretos expedidos en uso de facultades extraordinarias concedidas por el Congreso al Ejecutivo.

En éste último pronunciamiento la Corte resolvió varios interrogantes, antes de llegar a la conclusión a que aludimos en el párrafo anterior. Entre los que destacamos: ¿Qué se entiende por "régimen salarial y prestacional (..) de los miembros de la fuerza pública" al tenor de lo previsto en el artículo 150, numeral

³ Sentencia C-432 de 2004. Del 06 de mayo. Expediente D-4882 Demandante Rubiel Barrera Muñoz. M.P. Dr. Rodrigo Escobar

62

19, literal e), de la Constitución?

El anterior cuestionamiento surgió a partir de la utilización de tal terminología en el artículo 150 - 19 literal e) de la C.N.

Una vez aclaró que la dificultad radica no en la expresión "régimen salarial" sino en la de "régimen prestacional", dificultad que se concreta en torno a establecer cuáles son las prestaciones que obligatoriamente deben ser incluidas bajo la reserva de la ley marco, planteo las dos tesis que al respecto se han expuesto, esto es la tesis amplia y la restringida.

Posteriormente y a partir de la dificultad detectada, la Corte Constitucional se pregunta ¿qué materias están comprendidas en la reserva de ley marco correspondiente al régimen prestacional?

Es así como para responder tuvo en cuenta los siguientes argumentos:

1. El sentido técnico-jurídico de las palabras, como criterio imprescindible de la hermenéutica constitucional, se explica a partir del entendimiento que de aquellas se hacen en la ciencia a la cual se aplican o en la cual se profesan. Desde esta perspectiva, el término *prestacional* viene de *prestación*, la cual se define como el *"objeto o contenido de la obligación, consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa"*, es decir, es el hecho positivo o negativo que tiene que realizar el deudor a favor del acreedor.
2. En materia laboral, dichas *prestaciones* surgen a partir de la existencia de una relación laboral o contrato de trabajo y se encuentran reconocidas como derechos a favor de los trabajadores, en el artículo 193 del Código Sustantivo del Trabajo. Esta disposición alude al contenido normativo de las *prestaciones sociales*, en los siguientes términos: *"1. Todos los patronos están obligados a pagar las prestaciones establecidas en este título, salvo las excepciones que en el mismo se consagran. 2. Estas prestaciones dejarán de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo de ellas sea asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo instituto"*.
3. Recoge lo expuesto por la Corte Suprema de justicia, cuando afirmó que las *prestaciones sociales* son todo aquello que debe el empleador al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas, pactos colectivos, contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo, fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del empleador, para cubrir riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma.
4. Las prestaciones sociales a cargo del empleador se distinguen en dos grupos: a) prestaciones inmediatas, y b) prestaciones mediatas. Las *prestaciones inmediatas*, son aquellas que corren a cargo del empleador como contraprestación directa por la prestación del servicio, tales como, las cesantías, las primas de servicios, las primas de antigüedad, la bonificación por servicios, el suministro de calzado y vestido, etc. En cambio, las *prestaciones mediatas*, son aquellas destinadas a cubrir los riesgos o contingencias propias de la seguridad social y que, si bien tienen su origen en una relación laboral, pueden ser trasladadas por el empleador a empresas especializadas en el manejo de dichos riesgos, a partir de las cotizaciones previstas en la ley, tales como, las contingencias de vejez, salud e invalidez.

Luego de exponer los anteriores argumentos concluye la Corte que el concepto *régimen prestacional*, no sólo se limita a reconocer las prestaciones que tienen su origen de manera directa en la relación de trabajo sino también todas aquellas otras que se ocasionan por motivo de su existencia, tales como las pensiones de vejez, invalidez sobrevivientes el auxilio funerario, y aquellas contingencias derivadas de los riesgos en salud.

A renglón seguido trae a colación los pronunciamientos de la Corporación que se han emitido en el mismo sentido y en particular resalta las Sentencias C-608 de 1999 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) y C-292 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), en las que, como fundamento o razón esencial de su decisión judicial, determinó que las prestaciones que surgen de las contingencias propias de la seguridad social, tales como, las pensiones de vejez y sobrevivientes, se encuentran sujetas a la técnica de regulación propia de la ley marco.

Textualmente dijo la Corte

"..... En primer término la Corte resalta la competencia del Congreso para expedir la disposición acusador, que se enmarca dentro de lo previsto por el numeral 19 del artículo 750 de la Constitución, va que fija unos límites generales al Gobierno, sin entrar en el terreno de lo específico, con arreglo a la doctrina que sobre el punto ha sentado esta Corporación, pues, como en esta providencia se resalta, las características del régimen pensional de los miembros del Congreso y de los demás funcionarios del Estado deben ser determinadas por el legislador ordinario en su marco general, y por el Ejecutivo en sus aspectos concretos, por disposición de la propia Constitución De tal incinera que la Carta reconoce un margen de configuración política a los órganos del Estado elegidos democráticamente - es este caso el Congreso y el Gobierno, en los ámbitos ya señalados, como sucede en otras materias de complejas dimensiones económicas sociales y técnicas(...)

Por lo anterior se concluye que no queda duda alguna sobre el contenido normativo previsto en el literal e), del numeral 19, del artículo 150 de la Constitución política, en el sentido de exigir que el régimen de seguridad social de los servidores públicos del Estado, se regule a través de la tipología constitucional de la ley marco.

Más adelante la Corte Constitucional, bajo el entendido de que la creación, desarrollo y regulación de un régimen especial prestacional de la fuerza pública se justifica por el fundamento y fin constitucional que fueron analizados en tal fallo, se pregunta ¿en qué consiste -en concreto- dicho régimen prestacional especial?

Aclara antes que el carácter *especial* se contrapone a los calificativos *excepcional* y *autónomo*, en torno al ámbito de la aplicación de un régimen normativo en un determinado ordenamiento jurídico.

El derecho *excepcional*, como lo refiere la doctrina, es aquel régimen normativo que supone la existencia de otro -de mayor alcance y jerarquía- frente al cual se introducen derogaciones, subrogaciones o modificaciones en aspectos puntuales.

Es *derecho autónomo* el conjunto de disposiciones jurídicas que dependen de sí mismas y se encuentran sujetas a sus propios principios generales.

Finalmente, es derecho especial aquel régimen normativo que, sin llegar a ser autónomo, supone una regulación separada y libre de una materia independiente, que responde a una cierta y exclusiva individualidad técnica y económica.

Se puede entonces considerar que un ***régimen prestacional especial*** es aquel conjunto normativo que crea, regula, establece y desarrolla una serie o catálogo de prestaciones a favor de un grupo social determinado que, a pesar de tener su origen en un derecho general o de mayor entidad, goza de una regulación propia, en virtud de ciertas características individuales que le dotan de plena singularidad.

A partir de lo anterior, afirma la Corte Constitucional que la existencia de un régimen especial prestacional de seguridad social, implica la imposibilidad de someter a sus beneficiarios al sistema normativo general (Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003).

Por el contrario, su especialidad conduce a crear o regular distintas modalidades de prestaciones que permitan reconocer el fin constitucional que legitima su exclusión del sistema general, es decir, es indispensable adoptar medidas de protección superiores, en aras de propender por la igualdad material, la equidad y la justicia social de las minorías beneficiadas con la especial protección prevista en la Constitución.

En este contexto, sostiene la Corporación, dicho tratamiento diferencial debe estar encaminado a mejorar las condiciones económicas del grupo humano al cual se aplica, por lo que resultan inequitativos es decir, contrarios al principio de igualdad, "los regímenes especiales de seguridad social que introducen desmejoras o tratamientos de inferior categoría a los concedidos por el régimen general."

Además agrega la Corte que las prestaciones a favor de los miembros de la fuerza pública resultan razonables y proporcionales si permiten nivelar a los miembros de la fuerza pública con el resto de servidores del Estado, a través del señalamiento de derechos prestacionales que repongan el desgaste físico y emocional a que se someten los primeros, principalmente en razón de sus servicios.

Adicionalmente podemos señalar que El régimen Salarial y Prestacional de la Fuerzas Pública, es un régimen especial que difiere en su aplicación para el reconocimiento y pago, de lo dispuesto por el legislador en el Sistema General de Seguridad Social previsto por la ley 100 de 1993 y demás normas que lo aclaren, adicionen o modifiquen, por lo tanto dicho régimen general no le es aplicable al personal integrante de la Fuerza Pública, como en forma reiterada lo ha señalado insistentemente la Corte Constitucional en diferentes sentencias de acción de constitucionalidad, (C-890/99, C-835/02, C-1032/02 Y C-970/03), entre otras razones porque el mismo obedece en primer lugar al querer del legislador primario conforme se previó en la Constitución de 1991, basta para ello recordar lo que sobre el particular ha expresado en una de sus sentencias la citada Corporación:

"...Y, de otro lado, estos regímenes tienen además un sustento constitucional expreso, ya que la Carta precisa que la ley señalará el régimen prestacional específico de estos servidores públicos (CP arts 217 y 218). Por ello esta Corporación había manifestado que 'fue voluntad del Constituyente que la ley determinara un régimen prestacional especial para los miembros de la Fuerza Pública, que necesariamente debe responder a las situaciones de orden objetivo y material a que da lugar el cumplimiento de sus funciones, en los términos de los

arts. 217, inciso 1 y 218, inciso 1 de la Constitución' (Sentencia C-835/02) (Resaltado fuera de texto)

De otra parte y en la misma sentencia, ha dicho la Corte Constitucional que los artículos 217 y 218 de la Constitución Política de Colombia autorizan expresamente al Legislador para determinar el régimen Prestacional de la Fuerza Pública, es así que indicó:

"En desarrollo de esa preceptiva, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 ha señalado que el sistema integral de la seguridad social no se aplica a los miembros de la fuerza pública:

ARTICULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas

Ahora bien, en concordancia con la política de exclusión de los miembros de la fuerza pública del sistema general de seguridad social de la Ley 100, el artículo 150-19 de la Constitución Política ha autorizado expresamente al Legislativo para que regule de manera particular el régimen de seguridad social a que deben acogerse los primeros.

De las citadas disposiciones se concluye que la Constitución Política admite la existencia de un régimen especial de prestaciones sociales exclusivamente dirigido a los miembros de la Fuerza Pública y que, por consiguiente, dicho sistema se encuentra regulado por disposiciones diferentes a las que constituyen el régimen general de seguridad social previsto en la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, estas disposiciones constitucionales y legales han sido objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional, corporación que reconoce en dicha distinción un principio de protección de los miembros de la fuerza pública que, sin embargo, se encuentra sometido a la libre configuración del legislador" (Resaltado fuera de texto)

La Corte Constitucional ha señalado también que:

"...las personas 'vinculadas a los regímenes especiales deben someterse integralmente a éstos sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general". En efecto, no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo el usuario pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica.⁴; (viii) La Corte ha precisado además que dado que los sistemas de seguridad social - tanto el general como los regímenes especiales- funcionan de acuerdo con metodologías propias, además de que confieren prerrogativas diversas -por razón de las características comunes al grupo humano que se dirigen-, no resultaría legítimo que, para detectar posibles discriminaciones, se los comparara con la misma regla o se les aplicaran iguales patrones de confrontación; (ix) Sólo si la prestación social de la cual se predica la posible discriminación es lo suficientemente

⁴ Sentencia T-348 de 1997. MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵ Sentencia C-956/01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

autónoma como para advertir que ella, en sí misma, constituye una verdadera discriminación respecto del régimen general, podría el juez constitucional retirarla del ordenamiento jurídico⁶. (x) Pero la Corporación ha precisado que solamente podría darse esa circunstancia (a) si la prestación es autónoma y separable, lo cual debe ser demostrado claramente (b) la ley prevé un beneficio indudablemente inferior para el régimen especial, y (c) que no exista otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social y que la carencia de compensación resulte evidente. 'Sentencia C-890 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) (Resaltado fuera de texto)

Por lo anterior, parcialmente hemos de concluir que la ley 4a de 1992 y sus Decretos reglamentarios constituyen una unidad con categoría de norma especial y cuyas disposiciones no puede ser jamás variadas a través de una ley ordinaria.

DEL ARGUMENTO DE APLICABILIDAD DE LA LEY 238 DE 1995, POR NO SER ESTA LEY INCOMPATIBLE CON LA CONSTITUCIÓN DEL H. CONSEJO DE ESTADO

Asevera el Consejo de Estado que considera procedente aplicar una ley ordinaria, posterior, especial y más favorable, que no ha sido declarada inexecutable, sobre una ley marco anterior, porque la única condición para dejar de aplicarla sería que la misma fuera incompatible con la Constitución.

El argumento medular del Consejo de Estado para responder afirmativamente el problema jurídico, son los siguientes:

1. El Consejo de Estado incurre en imprecisión cuando le da a la ley 238 de 1995 la doble categoría de ley ordinaria y ley especial. Esta afirmación va en contravía del principio de la lógica según el cual una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. O es ley ordinaria o es ley especial, pero no las dos al mismo tiempo. Indudablemente en nuestro criterio la mencionada ley es una ley ordinaria.

2. Si como lo reconoció el mismo Consejo de Estado, estamos en presencia de una antinomia normativa, la forma de solucionarla es a través de las reglas de la hermenéutica que históricamente nos han regido desde la vigencia de la ley 57 de 1887 que derogó el artículo 10 del Código Civil.

La mencionada ley dispone, al regular la incompatibilidad y prelación normativa que la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general.

Así pues al enfrentarnos ante dos normas incompatibles entre sí como en el caso en que una norma especial establece un método para regular el incremento de las asignaciones de retiro de los miembros de la fuerza pública (Oscilación) y otra norma general regula el mismo tema a través de otro método (I.P.C.), la solución se da dándole prevalencia a la norma especial tal como lo dispone la normatividad referida con antelación.

La afirmación del Consejo de Estado en cuanto a que la única condición para inaplicar una ley general posterior y más favorable es que ésta sea incompatible con la Constitución, en nuestro sentir desconoce la regla de hermenéutica aludida, aparte de que **crea una nueva regla** hasta ahora desconocida para solucionar un

⁶ Ibidem Sentencia C-956/01 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

conflicto de incompatibilidad de normas.

La inaplicación de una ley, cualquiera que sea, por ser incompatible con la Constitución, es el resultado de lo dispuesto en el artículo 4° de la Constitución Nacional y para hacer uso del mismo no se requiere estar ante un conflicto normativo como el que aquí se presenta.

Así pues la orden emanada del artículo 4° de la Constitución, en nuestro criterio, no puede ser utilizada para solucionar una incompatibilidad normativa o antinomia normativa, a menos que esa norma especial, que como se dijo debe regir sobre la general sea sí incompatible con la Constitución, pero observemos que el análisis de constitucionalidad se haría no sobre la norma general que debe ceder a la especial, sino sobre ésta última que debe imponerse sobre la general.

Lo anterior porque so pretexto de aplicar la regla aludida, esto es que la norma especial se prefiere sobre la general, no puede desconocerse el contenido sustancial de nuestra carta magna, por el contrario la que debe sacrificarse por ser incompatible con la Constitución sería la norma especial.

Pero resulta que en este caso el Consejo de Estado no explicitó porque prefirió sacrificar la norma especial (Ley 4a de 1992 y sus decretos reglamentarios), siendo que en momento alguno aseveró que la misma fuera Incompatible con la Constitución.

1. Ahora bien en cuanto al argumento de la favorabilidad, tenemos lo siguiente:

Afirma el Consejo de Estado que al hacer la comparación entre los reajustes pensionales derivados del aumento de asignaciones en actividad de los oficiales de la Policía Nacional establecidos en los decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001 y 745 de 2002 y los que resultan de la aplicación del artículo 14 de la ley 100 de 1993, se evidencia que la aplicación de este sistema de reajuste resulta ser cuantitativamente superior.

Si como lo reconoce el Consejo de Estado, el artículo 53 de la Constitución Nacional ordena darle prevalencia a la norma más favorable en la hipótesis de que llegar a haber duda en su aplicación, la pregunta que surge es:

¿A partir de las afirmaciones vertidas con antelación, podríamos afirmar sin temor a equivocarnos, que existe duda en la aplicación de una de las dos normas que se avizoran como contrarias?

La respuesta es NO. No existe duda alguna que el enfrentamiento entre la norma especial y la norma general debe solucionarse dándole prevalencia a la norma especial, máxime cuando esta no se muestra como incompatible con la Constitución, luego entonces ante esta conclusión se haría inocuo traer a colación la aplicación del artículo 53 de la Carta Política.

Por lo anterior la aseveración de la demandante de que "el principio de oscilación, es abiertamente contrario a la constitución nacional y no debe ser aplicado por cuanto desconoce la supremacía de la constitución y debe acudir al régimen general de la ley 100 queda desvirtuada, máxime como se analiza que el Consejo de Estado nunca ha manifestado que dicha norma especial sea inconstitucional.

Solo en gracia de discusión podríamos realizar el ejercicio académico de ponderar las normas que se dicen contrapuestas, para establecer si en efecto la aplicación

de la ley 238 de 1995 es más favorable que la aplicación de la ley 4a de 1992 y sus Decretos reglamentarios. Para ello haremos el análisis desde un punto de vista netamente teórico y el otro desde el punto de vista práctico y de cara al caso concreto:

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA TEÓRICO:

En la sentencia C - 941 de 2003⁷, al enfrentar la Corte el mismo problema jurídico que hoy nos ha ocupado y al abordar, dentro de uno de sus temas, la inexequibilidad de las normas que consagraban el principio de oscilación por el cargo que se formulaba en contra de las mismas de ser discriminatorias al no permitir que el incremento de las pensiones y de las asignaciones de retiro se rigieran conforme a la metodología del I.P.C. impuesta en la ley 100 de 1993, expuso la Corte los argumentos que a renglón seguido se consignan.

En la mencionada sentencia aclaró que debía existir también un pronunciamiento de fondo sobre el artículo 151 del Decreto 1212 de 1990 por cuanto el mismo continuaba produciendo efectos en el mundo jurídico, en la medida en que la metodología para incrementar tales prestaciones se erigían como un derecho adquirido.

Para responder el planteamiento jurídico la Corte abordó el tema de los criterios fijados en la jurisprudencia en materia de comparación de regímenes especiales frente al régimen general de seguridad social.

Es importante tener en cuenta en este caso tales criterios que como *ratio decidendi* expuso la Corte Constitucional, habida cuenta que de su atención depende la conclusión de lo que debe entenderse por norma más favorable.

DE LOS CRITERIOS FIJADOS EN LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE COMPARACIÓN DE RÉGIMENES ESPECIALES FRENTE AL RÉGIMEN GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL: (Reitera la Corte lo manifestado en las sentencias C-835 de 2002 y C - 1032 del mismo año)

1. La existencia de regímenes prestacionales diferentes no es en sí misma contraria al principio de igualdad constitucional.
2. La existencia de sistemas especiales responde a la necesidad de garantizar los derechos adquiridos de ciertos sectores de la población que por sus características especiales merecen un trato justificadamente diferente al que reciben los demás beneficiarios de la seguridad social.
3. La Constitución Política admite en este sentido la existencia de un régimen

⁷ Sentencia C-941 de 2003. Expediente D-4531 Demanda de inconstitucionalidad contra la expresión "en todo tiempo" contenida en el art 151 del Decreto 1212 de 1990. *En relación con la prestación de asignación de retiro regulada por el Decreto 1212 de 1990, como se desprende de las consideraciones preliminares de esta sentencia, no resulta posible establecer una comparación con el régimen señalado para las pensiones reguladas en la ley 100 de 1993, pues se trata de prestaciones diferentes que no pueden asimilarse y en relación con las cuales no cabe entonces predicar la configuración de un tratamiento discriminatorio para los oficiales y suboficiales con derecho a la asignación de retiro en los términos señalados en el Decreto 1212 de 1990 frente al tratamiento dado a los servidores a los que se les aplica el régimen general de la ley 100 de 1993*

especial de prestación social exclusivamente dirigido a los miembros de la Fuerza Pública y que, por consiguiente, dicho sistema se encuentra regulado por disposiciones diferentes a las que constituyen el régimen general de seguridad social previsto en la Ley 100.

4. Aunque el trato diferencial no quebranta por sí mismo el principio de igualdad constitucional de los miembros del régimen especial frente a los beneficiarios del régimen general, dicho tratamiento diferencial debe estar encaminado a mejorar las condiciones económicas del grupo humano al cual se aplica, por lo que resultan inequitativos, es decir, contrarios al principio de igualdad constitucional, los regímenes especiales de seguridad social que introducen desmejoras o tratamientos de inferior categoría a los concedido por el régimen general.
5. El establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cobija.
6. Si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta.
7. El trato resulta discriminatorio y, por tanto, constitucionalmente reprochable solo si el conjunto del sistema - no apenas uno de sus elementos integrantes -, conlleva un tratamiento desfavorable para el destinatario.
8. Si la desmejora sólo se evidencia en un aspecto puntual del régimen, en una prestación definida o en un derecho concreto, no es dable deducir por ello trato discriminatorio; en estos casos deberá estudiarse -conclusión a la que se llega después de analizar el sistema en su conjunto- si la desventaja detectada en un aspecto puntual del régimen especial se encuentra compensada por otra prestación incluida en el mismo.
9. No es procedente un examen de aspectos aislados de una prestación entre dos regímenes prestacionales diferentes, ya que la desventaja que se pueda constatar en un tema, puede aparecer compensada por una prerrogativa en otras materias del mismo régimen.
10. Las personas 'vinculadas a los regímenes especiales deben someterse integralmente a éstos sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general.

En efecto, no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo el usuario pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica.

11. Dado que los sistemas de seguridad social - tanto el general como los regímenes especiales- funcionan de acuerdo con metodologías propias, además de que confieren prerrogativas diversas - por razón de las características comunes al grupo humano que se dirigen -, no resultaría legítimo que, para detectar posibles discriminaciones, se los comparara con la misma regla o se les aplicaran iguales patrones de confrontación.
12. Sólo si la prestación social de la cual se predica la posible discriminación es lo suficientemente autónoma como para advertir que ella, en sí misma, constituye una verdadera discriminación respecto del régimen general, podría el juez constitucional retirarla del ordenamiento jurídico.



Solamente podría darse la anterior circunstancia sí:

- a. La prestación es autónoma y separable, lo cual debe ser demostrado claramente
- b. La ley prevé un beneficio indudablemente inferior para el régimen especial, y
- c. No exista otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social y que la carencia de compensación resulte evidente.

13. En virtud de la especialidad de cada régimen de seguridad social, en principio éste es aplicable en su totalidad al usuario.

Concluyó la Corte que de la aplicación de dichos criterios se desprende el carácter ampliamente favorable que tiene el régimen prestacional establecido en los decretos 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990 frente al régimen general establecido en la Ley 100 de 1993.

Para dar concreción a la anterior afirmación la Corte Constitucional se ocupó de comparar los regímenes, a partir de lo dispuesto en el Decreto 1212 de 1990, para los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional. En tal sentido expone que el régimen especial de los mismos, les reconoce:

1. Prestaciones en actividad.
2. Prestaciones por retiro
3. Prestaciones por incapacidad psicofísica
4. Prestaciones por muerte en actividad.
5. Prestaciones por separación
6. Situación de los desaparecidos y prisioneros,
7. Prestaciones de los alumnos de las escuelas de formación.

Sobre la asignación de retiro, luego de recordar las modalidades del retiro (Temporal y absoluto) y las causales por las cuales se da tal retiro (En total son 8 para el retiro temporal y 3 para el absoluto), hace alusión a la posibilidad de llamamiento en servicio de los retirados temporalmente, al llamamiento especial al servicio.

En relación con las Fuerzas Militares el Decreto 1211 de 2000 establece las siguientes asignaciones por ser parte de régimen especial para los retirados: (art. 158)

- **ARTÍCULO 158. LIQUIDACION PRESTACIONES.** Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así:

- Sueldo básico.
- Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.
- Prima de antigüedad.
- Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto.
- Duodécima parte de la prima de Navidad.

- Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.
- Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.
- Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidar conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

PARAGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, ser computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales.

PARAGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, ser computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales.

Adicionalmente la Ley establece:

ARTÍCULO 156. PRESTACIONES SOCIALES EN SITUACIONES ESPECIALES. Las prestaciones de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo que se encuentren en cualquiera de las situaciones especiales a que se refieren los artículos 74 y 77 de este Decreto, serán las correspondientes al grado respectivo y se liquidarán y pagarán sobre la base de los haberes que devengarían si se encontraran de guarnición en la ciudad de Bogotá.

ARTÍCULO 157. PRESTACIONES DE OFICIALES Y SUBOFICIALES DEL ESCALAFON COMPLEMENTARIO. Los Oficiales y Suboficiales inscritos en el Escalafón Complementario, conservarán todas las prerrogativas jerárquicas y las obligaciones correspondientes a su grado y antigüedad. Las prestaciones sociales a que haya lugar se liquidarán con base en las asignaciones que devenguen en el momento en que aquéllas se causen teniendo en cuenta lo preceptuado para los Oficiales y Suboficiales del Escalafón regular, y lo dispuesto en el artículo 27 de este Decreto.

Como beneficios o prestaciones que reciben los retirados del servicio, se enlistan:

ARTÍCULO 159. COMPUTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computar de la siguiente forma:

- Para individuos con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%).
- Para individuos con quince (15) o más de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%).

- Para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%).
- Para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).

Para individuos con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%).

ARTÍCULO 160. RECONOCIMIENTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y sus beneficiarios, en goce de asignación de retiro o pensión, cuyo retiro o separación haya ocurrido antes del 18 de enero de 1984 se les computará la prima de actividad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior, en la forma que a continuación se expresa:

- En la vigencia fiscal de 1990 hasta el dieciocho punto cinco por ciento (18.5%).
- En la vigencia fiscal de 1991 hasta el veintidós punto cinco por ciento (22.5%).

En la vigencia fiscal de 1992 hasta el treinta y tres por ciento (33%).

PARAGRAFO. Queda entendido que no habrá lugar a los reajustes establecidos en este artículo entre el 18 de enero de 1984 y las iniciaciones de las vigencias fiscales indicadas en esta norma. Tampoco habrá reajuste de las prestaciones unitarias.

ARTÍCULO 161. COMPUTO PARTIDA SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente decreto, la partida de subsidio familiar que se haya incluido o se incluya para la liquidación de las asignaciones de retiro y pensiones a que se refiere el artículo 158 de este estatuto, no sufrir variaciones de ninguna especie. Tampoco habrá lugar a la inclusión y modificación de dicha partida por hechos ocurridos con posterioridad al retiro del Oficial o Suboficial.

Lo anterior no obsta para que en cualquier tiempo se ordene la inclusión, el aumento, disminución o extinción de la partida de subsidio familiar como factor de liquidación de la respectiva asignación de retiro o pensión, cuando se compruebe que al Oficial o Suboficial se le venía considerando un porcentaje diferente al que legalmente le correspondía.

ARTÍCULO 162. CESANTIA E INDEMNIZACIONES. El Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares que durante la vigencia de este Decreto se retire o sea retirado del servicio activo por cualquier causa, tendrá derecho a que el Tesoro Público le pague, por una sola vez, un auxilio de cesantía igual a un mes de haberes correspondientes a su grado por cada año de servicio o fracción de seis (6) meses o más, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 158, y a las indemnizaciones que legalmente le puedan corresponder liquidadas igualmente conforme al artículo antes citado.

a. **ARTÍCULO 163. ASIGNACION DE RETIRO.** Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la



capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente, y los que se retiren a solicitud propia después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto.

PARAGRAFO 1o. La asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales que durante la vigencia de este estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, ser equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el artículo 158, liquidadas en la forma prevista en este mismo Decreto.

PARAGRAFO 2o. Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) o más años de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación.

ARTÍCULO 167. LIQUIDACION DE PRESTACIONES DE OFICIALES GENERALES Y DE INSIGNIA, CORONELES Y CAPITANES DE NAVIO. Las prestaciones sociales de los Oficiales Generales, de Insignia, Coroneles y Capitanes de Navío de las Fuerzas Militares serán liquidadas así:

- Sueldo básico: Será igual al porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulan esta materia.

- Las partidas y porcentajes correspondientes señalados en los artículos 158 y 163 de este estatuto.

ARTÍCULO 168. COMPUTO PRIMA DE VUELO. Para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de vuelo solamente se liquidará a los Oficiales y Suboficiales de la Aviación del Ejército, a los Oficiales de Aviación Naval y Suboficiales de Mantenimiento Aeronáutico en la Armada y a los Oficiales de Vuelo y Suboficiales Técnicos de la Fuerza Aérea que tengan veinte (20) o más años de servicio y un mínimo de tres mil (3.000) horas de vuelo.

PARAGRAFO. Quedan a salvo los derechos de los Oficiales Especialistas de la Fuerza Aérea que al entrar en vigencia el Decreto 3071 de 1968 tenían doce o más años de servicio, a quienes para fines de asignación de retiro y demás prestaciones sociales se les considerará la prima de vuelo con veinte (20) años de servicio y un mínimo de mil quinientas (1.500) horas de vuelo.

ARTÍCULO 169. OSCILACION DE ASIGNACION DE RETIRO Y PENSION. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 de este Decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal.

Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que

regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

PARAGRAFO. Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de Oficiales Generales y de Insignia, Coroneles y Capitanes de Navío, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto.

ARTÍCULO 170. COMPUTO DE TIEMPO. Para efectos de asignación de retiro y demás prestaciones sociales, el Ministerio de Defensa liquidar el tiempo de servicio, así:

- a. Oficiales, el tiempo de permanencia en la respectiva Escuela de Formación de Oficiales, con un máximo de dos (2) años;
- b. Suboficiales, el tiempo de permanencia como Soldado o Alumno de una Escuela de Formación de Suboficiales, con un máximo de dos (2) años;
- c. El tiempo de servicio como Oficial o Suboficial.

PARAGRAFO 1o. Los tiempos dobles que en virtud de lo dispuesto en el artículo 181 del Decreto 2337 de 1971 y disposiciones legales anteriores sobre la misma materia, se hayan reconocido o se reconozcan por servicios prestados con anterioridad a la vigencia del presente Decreto, se tendrán en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales de los Oficiales y Suboficiales favorecidos con tales reconocimientos. Dichos tiempos en ningún caso serán computables para el reconocimiento de prestaciones por servicios al Estado en calidad de empleado civil.

PARAGRAFO 2o. Las fracciones mayores de seis (6) meses se consideran como año completo para la liquidación del auxilio de cesantía, pero no para las demás prestaciones sociales.

La anterior gama de derechos refleja que los beneficios en términos prestacionales son muy generosos para los miembros de la fuerza pública, tanto activos como retirados.

SOBRE LA SIMILITUD ENTRE ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIÓN DE VEJEZ: (régimen especial y régimen general). Principio de Igualdad.

Refiriéndose a la adición que sufriera el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, por cuenta de la ley 238 de 1995, **expresó la Corte** que la nueva normatividad se aplica en relación con el reajuste de las pensiones para los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional o sus beneficiarios reconocidos de acuerdo con el Decreto 1212 de 1990 (o para las fuerzas militares en el decreto 1211 de 1990) pero no a las asignaciones de retiro, dadas sus especiales características, ya enlistadas, que impiden asimilarla a la pensión de vejez del régimen de la ley 100 de 1993, en la medida en que no es en función de la edad, ni del número de semanas cotizadas o del capital acumulado que se tendrá derecho a la asignación de retiro, sino que es en función de las causales a que alude el Decreto 1212 de 1990 y que ya fueron enlistadas que se tiene derecho a la asignación.

Hasta aquí se tenía como otro argumento importante para quienes sostenemos la



improcedencia de la aplicación de las disposiciones de la ley 100 de 1993, la afirmación de la Corte Constitucional en cuanto a que la pensión de vejez no podía asimilarse a la Asignación de retiro, sin embargo contra esta tesis se está contra argumentando por parte del Consejo de Estado que tal afirmación fue rectificadada por la Corte Constitucional en la sentencia C - 432 de 2004, cuando reconoció que la asignación de retiro sí se asimilaba a una pensión.

Compartimos el argumento anterior, pero consideramos que el hecho de que se afirme que la asignación de retiro se asimila a una pensión, no conlleva como conclusión ineludible que por ello deba aplicarse a la asignación de retiro la metodología de incrementos establecida en la ley 100 de 1993, pues tal conclusión desconocería todas las subreglas que la corte Constitucional estableciera para negar la aplicación de la mencionada ley a los retirados de la fuerza pública, aparte de que la aludida conclusión se sostendría sobre un argumento aislado para inaplicar una ley especial.

En efecto, en total fueron trece (13) criterios los que la Corte Constitucional dijo, con carácter de cosa juzgada constitucional, que debían ser tenidos en cuenta al momento de decidir si se inaplicaba un régimen especial de prestaciones de la fuerza pública. Criterios que párrafos atrás se relacionaron.

Aparte de lo anterior, no tuvo en cuenta el Consejo de Estado, que la misma Corte aclaró en el fallo que nos está sirviendo de abrevadero para estas afirmaciones lo que a continuación se transcribe:

*.....Cabe tener en cuenta así mismo **que aún si dicha comparación resultara posible**, en aplicación de los criterios a que también ya se hizo referencia en los apartes preliminares de esta sentencia para comparar las prestaciones establecidas en los regímenes especiales y el régimen general de seguridad social, no podría establecerse en este caso la configuración de (m tratamiento discriminatorio pues para que el trato diferencial otorgado por un régimen especial sea verdaderamente discriminatorio es necesario que el mismo se evidencie de manera sistemática, no fraccionada. Es decir que para que el trato resulte discriminatorio y, por tanto, constitucionalmente sus elementos integrantes -, conlleve un tratamiento desfavorable para el destinatario.*

Al respecto es claro que los beneficios establecidos en materia prestacional en el decreto 1211 de 1990 para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares son globalmente considerados mas favorables que los que se establecen el régimen general de la ley 100 de 1993, como lo precisó ya la Corte en diversas sentencias (Ver al respecto entre otras las sentencias C-8-35/02 M.P. Marco Gerardo Monrov Cabra C-1032/02 M.P. Alvaro Tafur Galvis, C-101 y C-104/03 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y no cabe en consecuencia considerar vulnerado el artículo 13 superior **en este caso.....)**

Las anteriores afirmaciones de la Corte ponen de presente que el argumento de la similitud entre los dos conceptos tantas veces mencionado no es relevante para la conclusión final a la que llegó, esto es que la aplicación del régimen especial no resulta discriminatorio, ni viola el principio de igualdad y que por el contrario resulta ser más favorable, dado que la favorabilidad ha de analizarse desde la generalidad del régimen y no desde sus particularidades.

Se resalta la afirmación del la Corte Constitucional, según la cual una desventaja detectada en un aspecto puntual del régimen especial bien puede encontrarse compensada por otra prestación Incluida en el mismo régimen.

X6

En pronunciamiento hecho a través de la sentencia C-369 de 2004, la Corte confirma su doctrina sobre el problema de la igualdad cuando se comparan regímenes generales y especiales de seguridad social, y es así como advierte que en numerosas oportunidades", ha establecido que la existencia de un régimen especial de seguridad social no es en si mismo violatorio de la igualdad. Además de manera Insistente REITERA que:

....Ahora bien, un régimen especial se rige por normas propias, que son diversas de las reglas del régimen general, puesto que en eso consiste su especialidad. igualmente esta Corporación ha señalado que un régimen de seguridad social es un sistema normativo complejo, en el que las diversas normas parciales adquieren sentido por su relación con el conjunto normativo global. Cada régimen especial es entonces un universo propio. Por ello, esta Corte ha concluido que. en principio, no es viable comparar aisladamente aspectos puntuales (le un régimen especial cie pensiones o de salud y el sistema general cie seguridad social, por cuanto cada aspecto puede tener en cada régimen un significado parcialmente distinto. Así, una aparente desventaja en un punto específico del régimen especial frente al sistema general de seguridad social puede estar ampliamente compensada por otros beneficios superiores previstos por ese régimen especial en otros aspectos. Y por ello esta Corporación ha señalado con claridad que quienes se encuentren adscritos a un régimen especial de seguridad social, están obligados a someterse plenamente a su nori.natividad, sin que resulte válido reclamar la aplicación de los derechos y garantías reconocidas para el régimen común, pues no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfico Ver, entre otras, las sentencias C-1032 de 2002, C-956 de 2001, C-890 de 1999, Fundamento 3, C-080 de 1999 y T-348 de 1997.. Y es que admitir que una persona afiliada a un régimen especial pueda reclamar ciertos aspectos puntuales del régimen general de seguridad social implicaría la creación de una lea: tenia, que sería un verdadero tercer régimen, compuesto por algunos aspectos del sistema general de seguridad social y otros del régimen especial. lo cual desfiguraría totalmente la regulación establecida por la Constitución y la ley en materia de seguridad social⁸

Importa tener en cuenta que, según la Corte Constitucional, es posible excepcionalmente formular y estudiar cargos de igualdad fundados en la comparación parcial entre un régimen especial y el sistema general de seguridad social, pero para ello ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

1. Que en principio no es posible comparar las prestaciones individuales de los regímenes especiales de seguridad social, frente a la regulación establecida por el sistema general de pensiones en salud.
2. Que en algunos casos, y de manera excepcional, es procedente un examen de igualdad, pero para tal efecto se requieren los siguientes presupuestos:

- a) Que se trate de una prestación claramente separable del conjunto de beneficios previstos por el régimen,
- b) Que la prestación tenga suficiente autonomía
- c) Que la prestación no se encuentra indisolublemente ligada a las otras prestaciones. Por ejemplo, la concesión de un tratamiento médico para ciertas

⁸ Sentencia C-369 de 2004 expediente D-4859 demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 4º del art 81 de la ley 812 de 2003



dolencias puede, en muchos casos, no ser separable del conjunto de prestaciones previstas para la salud, por cuanto el régimen provee en general un paquete general de servicios, en cambio, la mesada pensional adicional o la pensión de sobreviviente del cónyuge supérstite gozan de suficiente autonomía para ser consideradas prestaciones individualizables y separables del conjunto del sistema pensional, por lo cual ha sido procedente en tales eventos un examen específico de una eventual violación a la igualdad, debido a una regulación distinta en el sistema general de seguridad social y en los regímenes especiales.

Existe una discriminación si:⁹

-) La prestación es separable
- (ii) La ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial.
- (iii) No aparece otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social.
- (iv) La autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras,
- (v) La inferioridad del régimen especial debe ser indudable
- (vi) La carencia de compensación debe ser evidente.

Las anteriores subreglas no deben ser inaplicadas por el operador judicial, sino que por el contrario en cada caso deben analizarse si se configuran o no en orden a acceder o negar las pretensiones.

Como lo estudió cuidadosamente la Corte Constitucional el régimen o normas **especiales para acceder a la asignación de retiro son sustancialmente disímiles a las normas que rigen la pensión de vejez, razón por la cual sería un contrasentido que la parte demandante pretendiera beneficiarse en lo que le conviene de unas normas y en lo que no en otras, pues esto conllevaría a la vulneración del principio de inescindibilidad, como bien lo dijo el Honorable Tribunal Administrativo del Tolima, en fallo proferido el 14 de abril de 2008, siendo Magistrado Ponente el Dr. SAMUEL JOSÉ RAMÍREZ POVEDA. Quien manifiesta:**

... concluir que debido a este mecanismo (se refiere al mecanismo de la oscilación) el sistema para estos servidores es discriminatorio e injusto, porque en forma desigualitaria crea unas circunstancias de desequilibrio frente a los beneficiarios del sistema general y como consecuencia, transformar el régimen especial en un tercero que toma factores de uno y otro, lo cual a primera vista aparece contrario al principio de inescindibilidad propio de estos sistemas....¹⁰

El presente asunto se refiere a la aplicabilidad del incremento de la asignación de retiro conforme a la metodología del I.P.C. regulada en el régimen general de pensiones, que en todo caso no puede prosperar debido a que el incremento de la pensión, que se asimila a la de asignación de retiro, no puede ser considerada como una prestación autónoma y separable sino que por el contrario está indisolublemente ligada a una prestación principal, que lo es o bien la asignación de retiro o bien la pensión de vejez.

Por otro lado la demandante no demostró la configuración de la carencia de compensación, teniendo en cuenta las demás ventajas del régimen, frente a la eventual desventaja. Por el contrario la misma Corte Constitucional al abordar en detalle y de manera global el estudio del tema, concluyó que el régimen más

⁹ Sentencia C-080/99. Criterio reiterado en sentencias C-911 de 2003, C-1032 de 2002, C-956 de 2001

¹⁰ Sentencia del 14 de abril del 2008 M.P. Samuel Jose Ramirez actor Nydia Ruby Giraldo. Exp. 02046 de 2005



favorable para los beneficiarios de la asignación de retiro es el especial y no el del régimen general.

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD DESDE EL PUNTO DE VISTA PRÁCTICO y DE CARA AL CASO EN CONCRETO:

Adicional a lo anterior, en reciente decisión la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que resulta ajustado a la Carta Política, que el reajuste de las pensiones a que todos los ciudadanos tienen derecho, no se haga con base necesariamente en el IPC, pues si bien el legislador no puede hacer diferenciación entre quienes deben gozar de dicho derecho, sí puede hacerla en cuanto a la forma en que dicho reajuste se haga efectivo, siendo legal y constitucional que existan criterios de reajuste distintos al IPC. En efecto indicó el máximo Tribunal ordinario lo siguiente:

"Si bien es cierto que, de forma reiterada ha sostenido la H. Corte Constitucional el derecho que le asiste a todas las personas de obtener el reajuste de la mesada pensional pues comporta la aplicación de los principios de equidad y garantía del derecho al salario mínimo vital y móvil, tal como lo reconoció en la sentencia C 862 de 2006, jurisprudencia esta que trae a colación el peticionario, en el mismo pronunciamiento dejó claro que dicho derecho no necesariamente debía coincidir con un aumento de acuerdo al índice de Precios al Consumidor, como aparentemente lo pretende hacer ver el gestor del amparo, pues tal corporación, a la hora de indicar cómo debía cumplirse tal precepto indicó: "corresponde al Legislador en ejercicio de su libertad de configuración determinar los mecanismos idóneos para mantener la capacidad adquisitiva de las pensiones, no obstante, frente a la ausencia de una previsión legal al respecto, laguna normativa que afecta desfavorablemente a una categoría determinada de pensionados, aquellos cobrados por el artículo 260 del C. S. T, y que por lo tanto vulnera distintos derechos constitucionales amén de resultar contraria a principios consagrados en la Carta de 1991 -tales como el principio de in dubio pro operario, y el principio de Estado social de derecho- es preciso adoptar un criterio reparador de la afectación constatada. En esa medida se considera que la indexación, al haber sido acogida por la legislación vigente para los restantes pensionados, es un mecanismo adecuado para la satisfacción de los derechos y principios constitucionales en juego.

"Lo anterior no significa que a indexación sea el único mecanismo idóneo para la actualización de las mesadas pensionales que pueda implementarse, pues el Legislador en ejercicio de su libertad de configuración puede acudir a otros criterios, siempre y cuando garantice el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones mediante la actualización de la salaria base. para su liquidación. "

No debe confundirse el derecho que le asiste a todos los ciudadanos al reajuste de la pensión, con que tal incremento deba hacerse necesariamente con relación al índice de Precios al Consumidor, pues si bien es cierto no le es dable al legislador hacer diferenciación entre quienes deben gozar de dicho derecho, sí es posible que el mismo determine en qué forma tal prerrogativa deberá hacerse efectiva"¹¹

Recapitulando:

1. La antinomia de normas se resuelve a través de las reglas de

¹¹ Corte Suprema de Justicia – sala casación Civil- 18 de junio de 2008 M.P. Edgardo Villamil. Exp. 2008-00126-01

79

hermenéutica jurídica dispuestas en la ley 57 de 1887

2. Cuando se enfrente una norma especial y una norma ordinaria, dicha discrepancia **se resuelve a través de la regla según la cual la norma especial prima sobre la general.**
3. La ley 4a de 1992 y sus decretos reglamentarios, así como el Decreto 1212 de 1990, son especiales **frente a la ley 238 de 1995.**
4. La discrepancia entre una norma especial y una ordinaria o general, no debe analizarse, desde la óptica de la incompatibilidad o compatibilidad de la norma general con la Constitución, sino desde la óptica de la incompatibilidad de la norma especial con la Constitución para proceder a inaplicar la regla de hermenéutica que precede y en su lugar aplicar la norma general.
5. La inaplicabilidad de una norma especial debe estar precedida de un estudio cuidadoso de los presupuestos que la Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia ha establecido.
6. El régimen de la ley 100 de 1993 no es en todos los casos más favorable que el régimen especial establecido en la ley 4a de 1992 y sus decretos Reglamentarios, así como tampoco en lo dispuesto en el Decreto 1212 de 1990.
7. Dar aplicación a los artículos 14 y 142 de la ley 100 de 1993, conlleva a la vulneración del principio de inescindibilidad de la ley.
8. La similitud entre el término "Asignación de retiro" y "Pensión de Vejez" no es determinante para darle solución al problema jurídico central.

CONCLUSION:

De acuerdo con la posición jurisprudencia ya señalada y los argumentos presentados, se reitera que NO debe aplicarse al demandante los artículos 14 y 142 de la ley 100 de 1993, luego en consecuencia la demandante no tiene derecho a que a que se le reajuste su asignación de retiro con fundamento en la Ley 238 de 1995 que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, esto es, con base en el I.P.C. del año inmediatamente anterior, certificado por el DANE.¹²

DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OSCILACION.

El principio de oscilación se constituye en la forma de reajuste de la asignación de retiro contemplada en el régimen especial al cual pertenecen los miembros de las FF.MM., y con el cual se busca que no existan diferencias entre los sueldos básicos en servicio activo y en situación de retiro; por lo que incrementar la asignación de retiro como lo pretende el a quo rompe el Principio de Oscilación previsto en el régimen especial y se genera una desigualdad entre los demás militares retirados y aún, respecto de los activos, es decir, los militares retirados ejecutarían más que un militar en actividad, en claro

¹² Así lo ha considerado el Consejo de Estado- Sección 3ª- sentencia 16 de febrero de 2006. M.P. Ramiro Saavedra



desequilibrio, desigualdad, desproporcionalidad e impacto político, social y económico.

Desde la ley 4 de 1945, el legislador buscó y consagró el principio de oscilación como mecanismo para incrementar los sueldos de retiro del personal militar y policial, teniendo siempre de presente que el personal uniformado al momento de retirarse, pasa a la condición de retirado, lo cual le permite al Estado, pasarlo en cualquier momento al servicio activo. Es en este momento cuando se nota la razón de ser del principio de oscilación, ya que de no existir, los retirados que vuelvan al servicio activo, bien por llamamiento especial o en razón de una movilización nacional, si tuvieran una fórmula distinta de incrementar sus sueldos de retiro, llegarían al servicio activo, con unos sueldos básicos diferentes a los sueldos básicos de sus pares en servicio activo.

Tal previsión fue recogida en la ley marco 923 de 2004, cuando en el artículo 3 numeral 3.13, indicó:

"3.13. El incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo".

En efecto, el artículo 42 del decreto 4433 de 2004, norma ésta vigente hoy en día expedida con base en facultades de la ley marco 923 de 2004, dice lo siguiente:

"Oscilación de la asignación de retiro y de la pensión. Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementaran en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado.

En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.

El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley".

En este orden de ideas, no es posible tener como referencia para reajustar las asignaciones de retiro de los Miembros de la Fuerza Pública, el Índice de Precios al Consumidor. Aplicar una fórmula distinta, es violar la ley.

Consecuente con lo anterior es de expresarse que la forma de reajustarse las asignaciones de retiro y las pensiones militares, ha sido una constante en Colombia conforme al principio de oscilación, basta revisar para ello las normas especiales aplicables a los militares y que existen sobre este tema entre otras desde el Decreto 501 del 04 marzo de 1955, así: "ARTICULO 121.- La asignación de retiro de que trata el artículo anterior no se liquidará ni pagará por cantidades fijas, sino en forma oscilante, tomando como base las fluctuaciones de las asignaciones de actividad vigentes en todo tiempo para cada grado." hasta la última disposición vigente que regula el régimen pensional propio de la Fuerza Pública, como lo es el Decreto 4433 de 2004, que se expidió en desarrollo de la ley marco 923 de 2004, norma esta última que no permite al intérprete aplicar

otras disposiciones legales por más que en apariencia parezcan favorables. "Artículo 42. Oscilación de la asignación de retiro y de la pensión. Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente. El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley." (Resaltado fuera de texto)

El legislador en desarrollo de precisos postulados de la Constitución Política de 1991, expidió la ley 4 del 18 de mayo de 1992, ley marco de mayor jerarquía dentro de pirámide de kelsen, mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional, de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) y f) de la Constitución.

Esta ley, indico en su artículo 10º que: "Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos." (Resaltado fuera de texto)

Con fundamento en la anterior disposición es que el Gobierno Nacional ha venido expidiendo los Decretos 25 de enero 7 de 1993, 65 de enero 10 de 1994, 133 de enero 13 de 1995, 107 de enero 15 de 1996, 122 de enero 16 de 1997, 58 de enero 10 de 1998, 62 de enero 8 de 1999, 2724 de diciembre 27 de 2000, 1463 de septiembre 19 de 2001, 2737 de diciembre 17 de 2001 y 745 de abril 17 de 2002, 3552 del 10 de Diciembre de 2003, 4158 del 10 de Diciembre de 2004, 923 del 30 de marzo de 2005, 407 del 8 de febrero de 2006, 1515 del 05 de mayo de 2007, 673 del 04 de marzo de 2008 y 737 del 06 de marzo de 2009 respectivamente, los cuales han desarrollado el régimen salarial aplicable al personal militar y sobre el cual viene operando el principio de la oscilación de la asignación de retiro y pensiones militares y en dichas normas se previo en sus articulo finales que "Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos." (Resaltado fuera de texto)

La Ley 4ª de 1992, por ser una ley marco solo ha sido modificada para el personal integrante de la Fuerza Pública en materia de pensiones, por la ley marco 923 del 30 de Diciembre de 2004, "Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.", es decir, ninguna otra norma ha podido ni puede modificar este régimen especial en materia prestacional, sino se hace con arreglo a la Constitución y a la ley. (Resaltado fuera de texto)

En desarrollo de lo dispuesto en la Ley 923 de 2004, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 4433 del 31 de Diciembre del mismo año, el cual reprodujo en idénticas condiciones a lo ya existente, la forma de reajustar las asignaciones de retiro y pensiones de los miembros de la Fuerza Publica, al expresar en su artículo 42 lo siguiente: "Artículo 42. Oscilación de la asignación de retiro y de la pensión. Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente. El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley." (Resaltado fuera de texto)

Desde que se profirió la sentencia que pudiéramos denominar fundante de línea, los argumentos expuestos por el Consejo de Estado han sido los mismos, aunque, ya en el año 2009¹³, enriqueció su tesis con un argumento adicional que consiste en que la ley 238 de 1995 es la norma expresa que exige el Decreto 1211 de 1990 para aplicar, en materia de reajuste pensional, el mecanismo adoptado por la ley 100 de 1993 y no el de oscilación consagrado en el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990.

En efecto el inciso segundo del artículo 169 dispone que los oficiales y suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

La expresión "a menos que así lo disponga expresamente la ley", fue la que sirvió como argumento nuevo al Consejo de Estado para afirmar que dicha ley era la 238 de 1995.

Desde la óptica de un análisis simple, el anterior argumento pareciera lógico y hasta razonable, sino fuera porque el despacho tiene claro que desde la misma Constitución Política que nos rige, existe una limitación en materia de competencia para regular la materia prestacional, que impide que el legislador pueda a través de una ley ordinaria regular aspectos propios de una ley general, cuadro o marco, motivo por el cual, cuando la norma utiliza la expresión "ley" a secas no se esta refiriendo a cualquier tipología de ley, sino a la especial tantas veces mencionada.

En efecto el legislador no tiene competencia para regular el régimen prestacional de los pensionados a través de una simple ley ordinaria, como son las leyes 238 de 1995 y 100 de 1993, sino a través de una ley especial denominada **ley general, cuadro o marco** y si esta aseveración es correcta, menos podría el ejecutivo, a través del Decreto que desarrolle la ley marco, variar dichos parámetros para disponer que el legislador a través de una ley ordinaria pueda modificar el principio de oscilación.

El Consejo de Estado, para reforzar su nuevo argumento, se apoya en algunas afirmaciones que la Corte Constitucional hiciera en la Sentencia C941 de 2003.

Así pues, luego de aseverar que la ley 238 de 1995 es la norma expresa que

¹³ Sentencias del Consejo de Estado sección segunda – subseccion B- 11 de junio de 2009, expedientes 2006-08511-01, 2007-00122-01, 2007-00718-01



exige el Decreto 1211 de 1990 para aplicar en materia de reajuste pensional, el mecanismo adoptado por la ley 100 de 1993, transcribe en su pie de página No 28 lo siguiente:

"En términos similares se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C-941 de 2003 para determinar la posibilidad de reajustar las pensiones de los retirados de la Fuerza Pública y de su beneficiarios con base en I.P.C., indicando lo siguiente:

"Para la Corte Como se desprende de las consideraciones preliminares de esta sentencia en virtud de la ley 238 de 1995 en. el caso de la liquidación de las pensiones que se establecen en. el Decreto 1212 de 1990, la norma aplicable es el artículo 14 de la ley 100 de 1993, por lo que en manera alguna puede considerarse que en este caso se esté estableciendo ruta discriminación para los oficiales o suboficiales de la Policía nacional frente a la situación de los servidores a los que se les aplica el régimen general de la Ley 100 de 1993, pues exactamente el mismo régimen el que resulta aplicable.

Cabe precisar que dicha interpretación se desprende del primer inciso del artículo 151 del decreto 1212 de 1990[2] analizado en concordancia con los mandatos de la ley 238 de 1995 que los mismos actores invocan en la demanda, sin que para ello en nada incida la existencia de la expresión "en todo tiempo" que estos acusan".

Claro está que dicha providencia no le dio a la asignación de retiro el carácter de pensión" pero lo hizo posteriormente, a través de la sentencia C-432 de 2004, previamente referenciada."¹⁴

Al respecto se anota que si de apoyarse en manifestaciones aisladas se trata, ningún reparo tendría la conclusión a la que llegó nuestro órgano de cierre, sin embargo la interpretación de las sentencias proferidas por cualquier órgano judicial debe efectuarse de manera integral, razón por la cual el despacho para controvertir, con todo respeto, lo afirmado por el Consejo de Estado, se apoyará en otros apartes de la sentencia C-941 de 2003 y en la Sentencia C-432 de 2004.

Lo primero que tendríamos que poner de presente es que los argumentos esgrimidos en la Sentencia C-941 de 2003, fueron expuestos a partir de un contexto muy diferente al que se quiere hacer ver en los distintos pronunciamientos del Consejo de Estado.

En efecto, las afirmaciones de la Corte Constitucional se esgrimieron sobre la base de una tesis que, como bien lo dice el Consejo de Estado, después fue corregida por la misma corporación Constitucional. Nos estamos refiriendo a la tesis que la Corte expuso en la Sentencia C-941 de 2003, según la cual la asignación de retiro no tenía el carácter de pensión.

Sobre tal tesis giró su argumentación y al referirse a los "pensionados", en los apartes transcritos por el Consejo de Estado en su pie de página, no estaba incluyendo a los beneficiarios de la asignación de retiro, por ello fue que una vez aseguró que en relación con el reajuste de las "pensiones" para los. oficiales y suboficiales de la Policía Nacional o sus beneficiarios reconocidas de acuerdo con el Decreto 1212 de 1990, claramente resultaba aplicable el artículo 14 de la ley 100 de 1993 ya que el artículo 1° de la ley 238 de 1995 se refirió específicamente a los "pensionados " de los sectores que fueron excluidos por el

¹⁴ Pie de pagina de la sentencia del Consejo de Estado Seccion Segunda del 11 de junio de 2009 exp. 2007-00185-01

artículo 279 de la ley 100 de 1993, pero a renglón seguido también expresó con absoluta claridad:

"Cosa distinta sucede con el reajuste de la asignación de retiro, prestación que no puede asimilarse a las pensiones que se establecen en el decreto 1212 de 1990, dadas sus especiales características a que se hizo referencia en el acápite anterior de esta sentencia, que igualmente impiden asimilarla a la pensión de vejez del régimen general de la ley 100 de 1993.

Dicha asignación en efecto responde a criterios claramente diferentes del régimen señalado para la pensión de vejez del régimen general tanto en el caso del régimen de prima media con prestación definida (art. 33 de la ley 100 de 1993 y artículo 9 de la Ley 797 de 2003), como del régimen de ahorro individual con solidaridad (artículo 64 de la ley 100 de 1993), pues no es en función de la edad, del número de semanas cotizadas, o del capital acumulado que se tendrá derecho a ella, sino que es en función de las causales a que alude el artículo 144 del decreto 1212 de 1990²⁰ que producido el retiro después de 15 o 20 años de servicio se tendrá derecho a dicha asignación y que, sin perder su grado policial, los oficiales y suboficiales cesarán en la obligación de prestar servicio en actividad, salvo en los casos de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización.

Al respecto ha de recordarse así mismo que la Corte ha sido enfática en que "...las personas 'vinculadas a los regímenes especiales deben someterse' integralmente a éstos sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general"²⁴ En efecto, no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo el usuario pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica "¹⁵....

Es decir que la Corte en esa oportunidad (2003) manejo dos categorías de oficiales o suboficiales beneficiarios: Los suboficiales u oficiales beneficiarios de la "pensión" y los suboficiales u oficiales beneficiarios de la "asignación de retiro".

Respecto de los primeros concluyó que en virtud de la ley 238 de 1995 en el caso de la liquidación de las "pensiones" que se establecen en el Decreto 1212 de 1990, la norma aplicable es el artículo 14 de la ley 100, en tanto que tal norma no es aplicable respecto de los segundos, esto es de los oficiales y suboficiales beneficiarios de las asignaciones de retiro.

Corno puede observarse, el alcance de la decisión de la Corte Constitucional, dista mucho del alcance que pretendió darle el Consejo de Estado.

Lo segundo, es que bajo el amparo del cambio de tesis dada en la sentencia C-432 de 2004, no puede llegarse a la conclusión de la aplicabilidad de las normas generales, toda vez que ello se traduciría en el desconocimiento de la verdadera *ratio decidendi*, no solo de las sentencias C-941 de 2003 sino también de la Sentencia C-432 de 2004.

El problema, jurídico inicialmente planteado consistió en que si debía aplicarse al demandante los artículos 14 y 142 de la ley 100 de 1993, con fundamento en la ley 238 de 1995 que adicionó el artículo 279 de dicha ley y en presencia de la

¹⁵ Sentencia C-956 de 2001 M.P. Eduardo Montcallegre

ley 4a de 1992 que es una ley marco.

El anterior cuestionamiento está estrechamente ligado al que la Corte Constitucional formulara en la última de las sentencias citadas cuando planteo el siguiente interrogante: ¿El régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública, es susceptible de regulación exclusivamente mediante ley marco o admite que se discipline mediante otro tipo de ley?

Decimos que están relacionados de manera estrecha, dado que la respuesta negativa al problema jurídico central planteado en el presente asunto tiene como soporte o argumento principal el que no debe aplicarse tal normatividad por tratarse de leyes ordinarias, siendo que el régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública, es susceptible de ser regulado de manera exclusiva a través de una ley marco.

En anteriores oportunidades se ha aplicado la tesis de la Corte Constitucional y por ende es que éste despacho judicial ha manifestado:

"Dar prevalencia a la ley 238 de 1995 sobre la ley especial marco implica no solamente que se avale una norma expedida desatendiendo los mandatos constitucionales como lo dijimos, sino también que desconozcamos lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencias C- 781 de 2001 y C-432 (le 2004 (solo por mencionar dos de ellas) "

El anterior razonamiento surge del análisis integral y no aislado de las manifestaciones de la Corte Constitucional, especialmente las vertidas en la C-432 de 2004, cuando la Corte concluyó que **el régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública, es susceptible de regulación exclusivamente mediante ley marco y por ende NO admite que se discipline mediante otro tipo de ley.**

No otro sentido podría inferirse de la siguiente afirmación de la Corte Constitucional en la Sentencia 432 de 2004:

*Por consiguiente las obligaciones que surgen del régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública, **son susceptibles de regulación exclusivamente mediante ley marco v no admiten. en su ejercicio de facultades extraordinarias por expresa prohibición constitucional (C.P. art. 150, num. 10).** En efecto, el otorgamiento de facultades al Presidente de la República para regular de manera general y abstracta un asunto sometido a reserva de ley marco, desconocería el ejercicio de la competencia concurrente que para la regulación de dichas materias ha establecido el Constituyente: Entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional..."*

Si la anterior es la conclusión que expone la Corte Constitucional en sentencia que hace tránsito a cosa juzgada constitucional, resulta desacertado responder de manera positiva, como lo ha hecho el Consejo de Estado, el cuestionamiento principal de este proceso, esto es que **debe aplicarse al demandante los artículos 14 y 142 de la ley 100 de 1993, con fundamento en la ley 238 de '1995 que adicionó el artículo 279 de dicha ley,** pues ello implicaría que se acogiera una tesis contraria a la de la Corte Constitucional, en la medida en que estaríamos aceptando que **el régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública, es susceptible de regulación mediante otro tipo de ley** diferente a la ley marco, pues sin lugar a dudas la ley 100 de 1993 y 238 de 1995 son leyes ordinarias que regularon de manera parcial el régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública.

La conclusión a la que llegó la Corte Constitucional, transcrita párrafos atrás, fue la que la condujo a esa Alta Corporación, a aseverar que el artículo 17 de la ley 797 de 2003, vulneraba la reserva de la ley marco prevista en el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución.

Producto de tal pronunciamiento fue que el Congreso expidió la ley 923 del 30 de diciembre de 2004²⁶, mediante la cual señaló las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, conjunto normativo que se creó con base en el literal e), numeral 19 del artículo 150 de la C.N., esto es cumplió lo dispuesto por la Constitución y por lo planteado por la Corte Constitucional en cuanto a que la regulación del terna prestacional de la fuerza Pública solo es posible hacerla a través de una ley marco y con el concurso del ejecutivo a quien le compete el desarrollo de tal ley marco.

Por otro lado, el mismo análisis que la Corte Constitucional efectuara sobre la exequibilidad del artículo 17 de la ley 797 de 2003, puede aplicarse a la ley 238 de 1995, para concluir, no su inexequibilidad dada la carencia de competencia del juez Contencioso Administrativo para efectuar tal pronunciamiento, pero sí su inaplicación por inconstitucional, en la medida en que al pretender modificar el sistema de reajuste de las pensiones y/o la asignación de retiro a través de una ley ordinaria, el legislador vulneró el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la C.N. y como consecuencia lógica se debe inaplicar la ley 238 de 1995 y por ende el artículo 14 de la ley 100 de 1993, decisión que en todo caso solo surte efectos para el caso en particular que hoy ocupa nuestra atención.

Valga aclarar que el Consejo de Estado expuso en la sentencia proferida el 17 de mayo de 2007, un argumento un nuevo argumento del cual no se ha hecho referenciamotivo por el cual lo hará a renglón seguido.

Ha dicho desde entonces nuestro órgano de cierre que el límite del derecho al reajuste de pensiones y asignaciones de retiro reconocido en la misma, en aplicación del artículo 1° de la ley 238 de 1995 y en consecuencia el artículo 14 de la ley 100 de 1993, se encontraba determinado por la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, que reglamentó la ley 923 de 2004 la cual a su vez modificó el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990, dado que el artículo 42 del Decreto 4433 *ibídem* mantuvo vigente el principio de oscilación para efectos de actualizar las referidas prestaciones y por ende la actualización de la asignación de retiro que goza el actor, con base en el I.P.C., sólo puede efectuarse hasta el 31 de diciembre de 2004, fecha en que se expidió la disposición en comento.

La anterior afirmación deja entrever como premisa tacita que en virtud de la respuesta positiva que la Corporación le dio al problema jurídico central, esto es que debe aplicarse al demandante los artículos 14 y 142 de la ley 100 de 1993, con fundamento en la ley 238 de 1995 que adicionó el artículo 279 de dicha ley, el principio de oscilación desapareció y solo vino a recobrar vida con la expedición de la ley marco 923 de 2004 y el Decreto 4433 del mismo año que la desarrolló.

No nos apartamos de la anterior conclusión dado que en nuestro criterio el problema jurídico ha de resolverse de manera negativa, esto es que NO debe aplicarse al demandante los artículos 14 y 142 de la ley 100 de 1993, con fundamento en la ley 238 de 1995 que adicionó el artículo 279 de dicha ley y en presencia de la ley 4a de 1992 que es una ley marco, por lo que para éste

despacho judicial el principio de oscilación jamás desapareció dado que la ley 238 de 1995, por ser una ley ordinaria, no podía modificar ningún aspecto del régimen prestacional de la fuerza Pública tal como lo expuso la Corte Constitucional en Sentencia C-432 de 2004 cuyo contenido integral no ha sido tenido en cuenta por quienes sostienen la aplicabilidad de la ley 238 de 1995.

DEL PRINCIPIO DE LA FAVORABILIDAD.

El argumento más fuerte del Consejo de Estado parece ser el de la Favorabilidad, en la medida en que sostiene que las leyes ordinarias que regularon el tema son más favorables para los miembros de la Fuerza Pública, argumento éste que insistimos no consulta los criterios expuestos por la Corte Constitucional para su aplicabilidad.

Sobre la aparente favorabilidad, ya nos habíamos referido en los términos transcritos en párrafos anteriores, a los que agregamos que para establecer si la metodología de reajuste de la asignación de retiro de la ley ordinaria resultaba más favorable que la utilizada a través del principio de oscilación no basta con confrontar los porcentajes establecidos en uno y otro sistema que en todo caso es un aspecto aislado, sino que se requería efectuar una confrontación integral de la prestación, es decir, en palabras de la Corte Constitucional, una confrontación global; confrontación que sí fuera realizada por la Corte Constitucional, luego de la cual concluyó en sentencia C - 941 de 2003, mediante la cual se reiteró lo manifestado en las sentencias C-835 de 2002 y C - 1032 del mismo año, que de la aplicación de dichos criterios (se refiere a los 13 criterios que se sintetizaron atrás) **se desprende el carácter ampliamente favorable que tiene el régimen prestacional establecido en los decretos 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990 frente al régimen general establecido en la Ley 100 de 1993.**

De haberse acudido a una comparación integral de la prestación, como lo hizo la Corte Constitucional y no a una confrontación aislada de uno de sus componentes, la conclusión a la que habría llegado el Consejo de Estado habría sido totalmente diferente.

En este orden de ideas, tampoco puede compartir el anterior argumentó del Consejo de Estado, razón por la cual se reitera nuestro precedente.

CONCLUSION. Tomando el régimen prestacional de las Fuerzas Militares que ampliamente favorable frente al régimen prestacional del régimen general se tiene que al reconocerle la asignación de retiro al personal militar frente a una pensión de invalidez es ampliamente más favorable la del régimen especial en consideración a las partidas computables en cada uno de los sistemas.

SOBRE LAS EXCEPCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD E ILEGALIDAD:

Ha reiterado el Consejo de Estado¹⁶ que la jurisprudencia constitucional, al pronunciarse sobre la exequibilidad condicionada del artículo 12 de la ley 153 de 1887¹⁷, reconoció a favor de la jurisdicción contenciosa administrativa la facultad de imponer para un- caso concreto la inaplicación de una norma general por la vía de la excepción de ilegalidad.

¹⁶ Consejo de Estado sección tercera sentencia del 15 de julio/04 exp. 2002-01834-01; Consejo de Estado- sección tercera senetncia del 24 de junio del 2004, expediente 1994-0012-01.

¹⁷ Sentencia C-037 de 2000



Tal reconocimiento se hizo con fundamento en los razonamientos que a continuación se sintetizan:

En la Constitución no existe un texto expreso que se refiera a la excepción de ilegalidad, ni a la posibilidad que los particulares o las autoridades administrativas, por fuera del contexto de un proceso judicial, invoquen dicha excepción para sustraerse de la obligación de acatar los actos administrativos.

2. La Carta puso en ruanos de una jurisdicción especializada la facultad de decidir sobre la legalidad de los actos administrativos.
 3. La ilegalidad debe ser decretada en los términos que indica el legislador.
 4. La necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales se derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa.
 5. Aunque la Constitución no la contemple expresamente, resulta obvio que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, deben ser implementadas mediante mecanismos, que las hagan efectivas.
 6. La posibilidad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, es decir, la excepción de ilegalidad, resulta acorde con la Constitución
 7. Dejar a la competencia de la jurisdicción contenciosa la definición sobre la legalidad de un acto en nada lesiona los derechos de los administrados, pues cualquiera tiene abierta la posibilidad de demandar su nulidad y aún de pedir su suspensión provisional, la cual, cuando verdaderamente hay un manifiesto desconocimiento de las normas de superior jerarquía, se concede en un breve lapso que garantiza la vigencia del principio de legalidad.
- Luego de los anteriores razonamientos concluyó la Corte Constitucional, que la llamada excepción de ilegalidad se circunscribe a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior, inaplicación referida puede llevarse a cabo de la siguiente manera:
- a) En respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda.
 - b) A una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandado
 - c) O aún puede ser pronunciada de oficio.

Los argumentos y conclusiones expuestos por la Corte Constitucional no solo han sido prohijados por el Consejo de Estado, sino que también los ha hecho prevalecer incluso en escenarios constitucionales de tutela, en los que se ha acusado una providencia judicial por vía de hecho con base en que el juez había incurrido en una vía de hecho al haber inaplicado una norma de carácter general, ante lo cual el Consejo de Estado¹⁸, para negar el amparo, advirtió que lo que había aplicado en el fondo el juez era la excepción de inconstitucionalidad, toda vez que al revisar el texto de la sentencia objeto de tutela, en el fondo lo que se aplicó fue la excepción de inconstitucionalidad y no de ilegalidad, debido a que la Sala Laboral no tuvo en cuenta una Ordenanza, en virtud de que el régimen de

¹⁸ Consejo de Estado- Sección Primera sentencia 19 de julio de 2002, radicado 2002-0725-01(AC)



prestaciones sociales de los empleados , públicos y trabajadores oficiales de los departamentos lo debe establecer la ley.

Fue así como dijo que se había dado debida aplicación al artículo 4° de la Constitución Política, cuando dispone que siempre que el juzgador advierta incompatibilidad entre la constitución y la ley u otra norma jurídica debe aplicar preferentemente aquélla, que fue lo que sucedió en el caso que estudiaba.

Si la incompatibilidad se da entre una norma de inferior jerarquía y la Constitución, la figura asume la nominación de "excepción de inconstitucionalidad", en tanto que si tal incompatibilidad se da con otra norma diferente a la Constitución la nominación es la de "excepción de ilegalidad".

En este orden de ideas, lo que se tiene es que si procede para éste asunto el estudio, por vía de excepción de inconstitucionalidad, de la ley 238 de 1995, tal como ya se hizo y dado que se llegó a la conclusión que el legislador de 1995 al expedir la ley 238 vulnero el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la C.N. es del caso disponer su inaplicabilidad por inconstitucional y en ese orden de ideas negar las pretensiones de la demanda.

SE ESTA DESCONOCIENDO EL PRECEDENTE AL SOLICITAR AL H. JUZGADO SE INAPLIQUE LOS ARTS. 14 Y 142 DE LA LEY 100 DE 1993?

La posición asumida por el Consejo de Estado que quedó plasmada en el planteamiento del problema jurídico central, nos ubica en otro problema jurídico que hemos dado en llamar derivado y que formulamos en los siguientes términos:

¿Procede inaplicar la jurisprudencia del Consejo de Estado?

Para dilucidar este interrogante hemos de hacer referencia a un tema de viva discusión hoy en día. Nos estamos refiriendo al tema del PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL y más concretamente al tema del RESPETO AL PRECEDENTE VERTICAL.

Desde la Sentencia C-836 de 2001 la Corte Constitucional reabrió la discusión en torno a la obligatoriedad del precedente tanto de la jurisdicción común como de la jurisdicción constitucional, así como también limitó la posibilidad de separarse del precedente jurisprudencial.

Afirmó la Corte Constitucional en la sentencia referenciada que la Constitución y la Ley son los puntos de partida necesarios de la actividad judicial, que se complementan e integran a través de principios jurídicos más o menos específicos, contruidos judicialmente y que permiten la realización de la justicia material en los casos concretos.

Aclaró la Corte Constitucional que si bien es cierto no estamos en presencia de un sistema libre de jurisprudencia, tampoco nos encontramos ante un sistema absoluto de precedente y es por ello que ha escogido un SISTEMA RELATIVO DE JURISPRUDENCIA, sistema que por relativo no deja de ser vinculante.

En este sistema relativo los jueces tienen el deber de respetar el precedente y con mayor fuerza si se trata del precedente vertical, esto es la jurisprudencia emitida por nuestros superiores. Sin embargo podríamos separarnos del precedente vertical en los siguientes eventos:

1. Por haberse presentado un cambio en la legislación que deroga una norma que sirvió de fundamento a la jurisprudencia.
2. Por haber existido un cambio en la situación social, política o económica



que hace que la jurisprudencia emitida no responda a los mismos y por ende no responda a las necesidades sociales.

3. Cuando la jurisprudencia sobre un determinado aspecto de derecho sea contradictoria o imprecisa.

En nuestro sentir la jurisprudencia del Consejo de Estado contradice la jurisprudencia de la Corte Constitucional al preferir la aplicación de una ley ordinaria sobre una ley marco y los decretos que la desarrollan, so Pretexto de una aparente favorabilidad que no existe, razón por la cual al inaplicarse los artículos 14 y 142 de la ley 100 de 1993.

En síntesis:

De acuerdo con la posición jurisprudencial ya explicada y los argumentos señalados, se reitera que NO debe aplicarse a la demandante los artículos 14 y 142 de la ley 100 de 1993, luego en consecuencia la demandante no tiene derecho a que a que se le reajuste su asignación de retiro con fundamento en la Ley 238 de 1995 que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, esto es, con base en el I.P.C. del año inmediatamente anterior, certificado por el DANE.

PRUEBAS SOLICITADAS POR EL MINISTERIO DE DEFENSA.

1. Se solicite a la Dirección de Personal del Ejército Nacional de Colombiana informe cual era el salario y las partidas prestacionales devengadas por el Soldado (R) del Ejercito LIBARDO PULECIO PULECIO a la fecha de su retiro el 1 de febrero de 1997.
2. Se solicite a la Dirección de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional certifique cuales son las partidas prestacionales que se le vienen teniendo en cuenta al señor LIBARDO PULECIO PULECIO con c.c. 14.213.888. para su asignación de retiro.

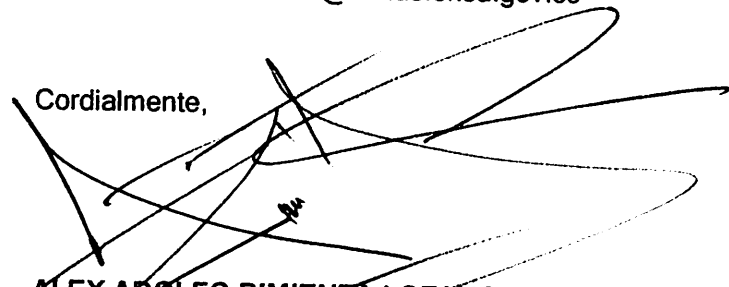
ANEXOS QUE APORTO CON LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

1. Poder para actuar.
2. Copia autentica de la Resolución 3530 de 2007

NOTIFICACIONES

Las recibiré en la Secretaria del Juzgado, en el comando de batallón de Infantería Mecanizado No. 6 "Cartagena" con sede en esta ciudad, o en el correo electronico: notificaciones.riohacha@mindefensa.gov.co

Cordialmente,


ALEX ADOLFO PIMIENTO LOZANO
 C.C. 84.083.690 De Riohacha
 T.P. 126778 del C.S.J.

Señor

JUEZ SEGUNDO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DE RIOHACHA

E. S. D.

RAD. No.: 44 - 001 - 3340 - 002 - 2017 - 00334 - 00

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

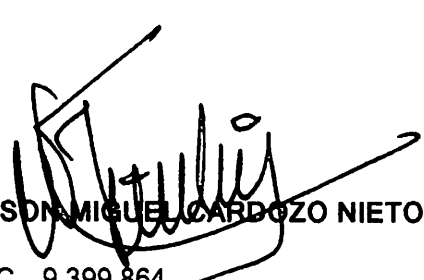
ACTOR: LIBARDO PULECIO PULECIO

CONTRA: LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO
NACIONAL

El suscrito **Teniente Coronel WILSON MIGUEL CARDOZO NIETO**, en calidad de Comandante del Batallón de Infantería Mecanizado No. 6 "Cartagena" con ejercicio de las facultades que confiere el artículo 3º de la Resolución No. 3530 de Septiembre 04 de 2007 y de conformidad con el artículo 149 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 23 de la ley 446 de 1998, manifiesto que confiero poder especial, amplio y suficiente al Doctor **ALEX ADOLFO PIMIENTA LOZANO**, identificado con la cedula de ciudadanía No. 84.083.690 de Riohacha (La Guajira), portador de la tarjeta profesional No. 126778 del Consejo Superior de la Judicatura, para que actué como apoderado de la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL**, atienda en defensa de los intereses de la entidad, el proceso de la referencia hasta su culminación.

El apoderado queda ampliamente facultado para que ejerza todas las acciones de conformidad con el artículo 77 del C.G.C., además para recibir notificaciones de la demanda, llamar en garantía, desistir, sustituir, reasumir, conciliar judicialmente dentro de los parámetros señalados por el Comité de Conciliación del Ministerio de Defensa Nacional, retirar los traslados de la demanda y aquella tendiente a la buena fiel gestión de sus labores. Sírvase en consecuencia señora juez, reconócele personería al apoderado de la entidad.

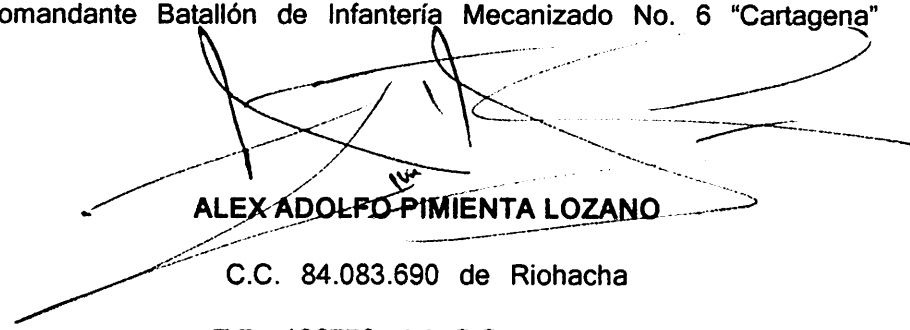
Atentamente,


Teniente Coronel WILSON MIGUEL CARDOZO NIETO

CC. 9.399.864

Comandante Batallón de Infantería Mecanizado No. 6 "Cartagena"

Acepto:


ALEX ADOLFO PIMIENTA LOZANO

C.C. 84.083.690 de Riohacha

T.P. 126778 del C.S. de la J.

JUZGADO VEINTE DE INSTRUCCION PENAL MILITAR

EN LA FECHA: _____

EL SEÑOR, _____

IDENTIFICADO CON LA CEE DE CIUDADANIA No. _____
PRESENTA DE MANERA PERSONAL DOCUMENTO CON LA FINALIDAD
DE DAR PLENA AUTENTICIDAD AL MISMO.

COMPARECIENTE

SECRETARIO DEL J20IMP



Q 12



**MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
COMANDO COMANDANTE GENERAL FUERZAS MILITARES
EJÉRCITO NACIONAL
BATALLON DE INFANTERIA MECANIZADO N° 6 CARTAGENA**

Riohacha – La Guajira día 16 de Enero del 2019.

CERTIFICACION

El suscrito Jefe de Personal del Batallón de Infantería Mecanizado No. 6 Cartagena, certifica que el señor TC. WILSON MIGUEL CARDOZO NIETO CC 9399864 se encuentra laborando en esta unidad como comandante según plan de traslados del segundo semestre del 2018

Se expide la presente constancia solicitada por el interesado, dado en Riohacha - la Guajira, el día 16 del mes Enero del 2019

Autentica;


Sargento Viceprimero **HERRERA RAMOS ROBINSON**
Jefe Recursos Humanos Batallón "Cartagena"



Por mi patria, mi lealtad es el honor
Km 5 vía Malcao Riohacha Guajira
tel: 317 435 96 11
robinson.herrera@buzonejercito.mil.co

REPÚBLICA DE COLOMBIA



MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

RESOLUCIÓN NÚMERO 3530 DE 2007

(04 SET. 2007)

Por la cual se delegan, asignan y coordinan funciones y competencias relacionadas con la actividad de defensa judicial en los procesos en que sea parte la Nación - Ministerio de Defensa Nacional.

EL MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL

En uso de sus facultades constitucionales y legales y en particular las conferidas por el artículo 211 de la Constitución Política, los artículos 9 de la Ley 489 de 1998, 8 numeral 2 del Decreto 1512 de 2000, 1 del Decreto 049 de 2003, 2 numeral 8 del Decreto 3123 de 2007, 23 de la Ley 446 de 1998, 149 del Código Contencioso Administrativo y 64 del Código de Procedimiento Civil, y

CONSIDERANDO:

Que según lo previsto en el artículo 211 de la Constitución Política, la ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.

Que en virtud de la norma en cita la delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel reasumiendo la responsabilidad consiguiente.

Que de conformidad con lo consagrado en el artículo 9 de la Ley 489 de 1998, las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la citada Ley, "están habilitadas para transferir el ejercicio de funciones y la atención y decisión de los asuntos a ellas confiados por la ley, mediante acto de delegación, a los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la ley".

Que de acuerdo a lo previsto en el artículo 6 de la Ley 489 de 1998, las autoridades administrativas deben garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales y prestar su colaboración a las demás entidades para facilitar el cumplimiento de sus funciones, procurándose en el desarrollo de la función pública, de manera prioritaria, dar aplicación a los principios de coordinación y colaboración entre las autoridades administrativas y entre los organismos del respectivo sector.

Que de conformidad con lo previsto en el artículo 23 de la Ley 446 de 1998 cuando en un proceso ante cualquier jurisdicción intervengan entidades públicas, el auto admisorio de la demanda se debe notificar personalmente al Representante Legal de la Entidad Pública o a quien éste haya delegado la facultad de recibir notificaciones.

Continuación de la resolución "Por la cual se delegan, asignan y coordinan funciones y competencias relacionadas con la actividad de defensa judicial en los procesos en que sea parte la Nación - Ministerio de Defensa Nacional".

Que teniendo en cuenta la clase, volumen y naturaleza de los procesos en que es parte la Nación - Ministerio de Defensa, se hace necesario delegar la facultad de notificarse y constituir apoderados, en algunos servidores públicos, en orden a garantizar el cumplimiento de los principios de eficacia, moralidad, economía y celeridad en la gestión litigiosa.

Que de conformidad con el inciso primero del artículo 64 del Código de Procedimiento Civil, la Nación y demás Entidades de Derecho Público, podrán constituir apoderados especiales para atender los procesos en que sean parte, siempre que sus representantes administrativos lo consideren conveniente por razón de distancia, importancia del negocio u otras circunstancias análogas.

RESUELVE

CAPITULO PRIMERO

DELEGACIONES AL INTERIOR DEL MINISTERIO DE DEFENSA - GESTIÓN GENERAL

ARTÍCULO 1º. Delegar en el Secretario General del Ministerio de Defensa Nacional la siguiente función:

Comprometer, ordenar el gasto y autorizar el pago en ejecución de la apropiación Transferencias- Gestión General - Rubro sentencias y conciliaciones y expedir los actos administrativos de reconocimiento de las sumas originadas en sentencias en contra de la Nación- Ministerio de Defensa Nacional proferidas por las jurisdicciones contencioso administrativo y ordinaria o autoridad competente y en los acuerdos conciliatorios efectuados ante los despachos y autoridades competentes.

ARTÍCULO 2º. Delegar en el Director de Asuntos Legales del Ministerio de Defensa Nacional las siguientes funciones:

1. Notificarse de las demandas, atenderlas directamente y constituir apoderados en los procesos contencioso administrativos que cursen contra la Nación - Ministerio de Defensa Nacional, ante el Honorable Consejo de Estado, Tribunales Contencioso Administrativos y Juzgados Contencioso Administrativos, así como en los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional por demandas de inconstitucionalidad.
2. Notificarse de las acciones de Tutela, de Cumplimiento, Populares y de Grupo, pudiendo contestar, rendir informes, constituir apoderados en dichas acciones e impugnar los fallos por sí o por intermedio de apoderado.
3. Notificarse de las demandas, atenderlas directamente o designar apoderados dentro de los procesos que cursen en los Juzgados Civiles, Penales y Laborales de todo el territorio nacional en contra de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional.
4. Constituirse en parte civil o designar apoderados para que lo hagan, en los términos y para los efectos del artículo 36 de la Ley 190 de 1995.
5. Para efectos de la Ley 1066 de 2006 y demás normas concordantes, otorgar poderes a funcionarios abogados del Ministerio de Defensa Nacional según lo requieran las necesidades del servicio, para los trámites tendientes a la recuperación de la cartera por cobro coactivo, o realizarlas directamente, así como asignar funciones de Secretario a un empleado de la misma entidad, con el fin de apoyar con las funciones administrativas.

Continuación de la resolución "Por la cual se delegan, asignan y coordinan funciones y competencias relacionadas con la actividad de defensa judicial en los procesos en que sea parte la Nación - Ministerio de Defensa Nacional."

6. Notificarse y designar apoderados en las querellas policivas y administrativas que cursen ante el Ministerio de Protección Social e Inspecciones de Policía o atenderlas directamente.
7. Designar apoderados con el fin de iniciar acciones en las jurisdicciones contencioso administrativo, ordinaria y policiva o iniciarlas directamente.
8. Notificarse y designar apoderados para atender e iniciar las actuaciones administrativas que se surtan o deban surtir ante las entidades de la Administración Pública del orden Nacional, Departamental, Municipal o Distrital o hacerlo directamente.
9. Notificarse y designar apoderados, así como adelantar todos los trámites administrativos inherentes a las actuaciones ambientales o atenderlo directamente.

ARTÍCULO 3º. Delegar la función de notificarse de las demandas y constituir apoderados en los procesos contencioso administrativos, acciones de Tutela, Populares, de Grupo y de Cumplimiento que cursen contra la Nación - Ministerio de Defensa Nacional ante los Tribunales y Juzgados, en los comandantes de las Unidades Operativas y Tácticas de las Fuerzas Militares que se indican a continuación.

Ciudad de ubicación del Despacho Judicial Contencioso Administrativo	Departamento	Delegatario
Medellín	Antioquia	Comandante Cuarta Brigada
Arauca	Arauca	Comandante Brigada Dieciocho
Barranquilla	Atlántico	Comandante Segunda Brigada
Barrancabermeja	Santander del Sur	Comandante Batallón de Artillería de Defensa Aérea No.2 Nueva Granada
Cartagena	Bolívar	Comandante Fuerza Naval del Caribe
Tunja	Boyacá	Comandante Primera Brigada
Buenaventura	Valle del Cauca	Comandante Brigada Fluvial de Infantería de Marina No.2.
Buga	Valle del Cauca	Comandante Batallón de Artillería No.3 Batalla de Palace.
Manizales	Caldas	Comandante Batallón de Infantería No. 22 "Ayacucho"
Florencia	Caquetá	Comandante Décima Segunda Brigada del Ejército Nacional
Popayán	Cauca	Comandante Batallón de Infantería No.7 "José Hilario López"
Montería	Córdoba	Comandante Décima Primera Brigada del Ejército Nacional
Yopal	Casanare	Comandante Décima Sexta Brigada del Ejército Nacional
Valledupar	Cesar	Comandante Batallón de Artillería No. 2 "La Popa"
Quibdó	Choco	Comandante Batallón de Infantería No. 12 "Alfonso Manosalva Flores"
Riohacha	Riohacha	Comandante Batallón de Infantería Mecanizado No. 6 "Cartagena"
Huila	Neiva	Comandante Novena Brigada del Ejército Nacional
Leticia	Amazonas	Comandante Brigada de Selva No.26 del Ejército

Continuación de la resolución "Por la cual se delegan, asignan y coordinan funciones y competencias relacionadas con la actividad de defensa judicial en los procesos en que sea parte la Nación - Ministerio de Defensa Nacional."

		Nacional.
Santa Marta	Magdalena	Comandante Primera División del Ejército Nacional.
Villavicencio	Meta	Jefe Estado Mayor de la Cuarta División
Mocoa	Putumayo	Comandante Brigada No.27 del Ejército Nacional
Cúcuta	Norte de Santander	Comandante Grupo de Caballería Mecanizado No. 5 "General Hermógenes Maza"
Pasto	Nariño	Comandante Batallón de Infantería No. 9 "Batalla de Boyacá"
Pamplona	Norte de Santander	Comandante Batallón de Infantería No.13 García Rovira.
Armenia	Quindío	Comandante Octava Brigada del Ejército Nacional.
Pereira	Risaralda	Comandante Batallón de Artillería No. 8 "San Mateo"
San Gil	Santander	Comandante Batallón de Artillería No.5 Capitán José Antonio Galán.
Bucaramanga	Santander	Comandante Segunda División del Ejército Nacional.
San Andrés	San Andrés	Comandante Comando Específico San Andrés y Providencia
Santa Rosa de Viterbo	Boyacá	Comandante Primera Brigada del Ejército Nacional.
Sincelejo	Sucre	Comandante Primera Brigada de Infantería de Marina
Ibagué	Tolima	Comandante Sexta Brigada del Ejército Nacional
Turbo	Antioquia	Comandante Batallón Fluvial de Infantería de Marina No 20.
Cali	Valle del Cauca	Comandante Tercera División del Ejército Nacional
Zipaquirá-Facatativá-Girardot	Cundinamarca	Director de Asuntos Legales del Ministerio de Defensa Nacional

PARÁGRAFO. Podrá igualmente el Director de Asuntos Legales del Ministerio de Defensa Nacional, constituir apoderados en todos los procesos que cursen ante los Tribunales y Juzgados Contencioso Administrativos del territorio nacional.

ARTÍCULO 4.- Los delegatarios relacionados en el artículo 3º de la presente Resolución, contarán para el ejercicio de la función delegada con los profesionales abogados de la Dirección de Asuntos Legales de este Ministerio.

Por su parte, los delegatarios brindarán apoyo a los abogados designados por la Dirección de Asuntos Legales para el cumplimiento de las funciones litigiosas a ellos asignadas, especialmente en la consecución de pruebas requeridas por las instancias judiciales al interior de los procesos.

PARÁGRAFO. En aquellas Jurisdicciones en donde no se cuente con funcionario de la Dirección de Asuntos Legales, se deberá prestar por parte del delegatario apoyo al apoderado encargado de esa instancia judicial con la designación de un funcionario de su Unidad para que realice el seguimiento a los procesos judiciales que se sigan en contra del Ministerio de Defensa Nacional. Para el efecto se harán las coordinaciones pertinentes.

Continuación de la resolución "Por la cual se delegan, asignan y coordinan funciones y competencias relacionadas con la actividad de defensa judicial en los procesos en que sea parte la Nación - Ministerio de Defensa Nacional."

CAPITULO SEGUNDO

DELEGACIONES EN OTRAS DEPENDENCIAS DEL MINISTERIO DE DEFENSA

ARTÍCULO 5º. Delegar en el Superintendente de Vigilancia y Seguridad Privada las siguientes funciones:

1. La facultad de representar a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada en los procesos contencioso administrativos que se surtan ante las diferentes instancias judiciales, así como en los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional por demandas de inconstitucionalidad contra normas de su competencia.

En desarrollo de esta facultad el Superintendente de Vigilancia y Seguridad Privada podrá recibir notificaciones y constituir apoderados.

2. La facultad para notificarse de las acciones de Tutela, Populares, de Grupo y de Cumplimiento, pudiendo rendir informes, constituir apoderados en dichas acciones e impugnar los fallos por sí o por intermedio de apoderado.

3. La facultad para representar a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada en los procesos por cobro coactivo para hacer efectivos los créditos exigibles a favor de la Superintendencia y la facultad para constituir apoderados para hacer exigibles dichos créditos en todo el territorio nacional, para efectos de la Ley 1066 de 2006 y demás normas concordantes.

4. La facultad para representar a la Nación Ministerio de Defensa en los procesos ordinarios que contra la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada cursen en los estrados judiciales.

5. La facultad para representar a la Nación Ministerio de Defensa - Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, en los procesos penales.

ARTÍCULO 6º.- Delegar en el Director General de Sanidad Militar y Directores de Sanidad de las diferentes Fuerzas y Policía Nacional, en los Jefes de las Oficinas de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, del Ejército Nacional, de la Fuerza Aérea Colombiana, de la Armada Nacional y de la Policía Nacional, o quien haga sus veces y en los Jefes o Directores de Personal o Desarrollo Humano o quien haga sus veces en el Ministerio de Defensa Nacional, el Ejército Nacional, la Fuerza Aérea Colombiana, la Armada Nacional y la Policía Nacional, la facultad de notificarse de las acciones de Tutela, pudiendo contestar, rendir informes, constituir apoderados en dichas acciones e impugnar los fallos por sí o por intermedio de apoderado.

En desarrollo de esta delegación se remitirá a la Dirección de Asuntos Legales del Ministerio de Defensa Nacional, trimestralmente, la siguiente información:

1. Corporación judicial que atendió la tutela.
2. Accionante
3. Causa de la Acción
4. Resumen del fallo.
5. Decisión de Impugnación, si ha hubiere.

Continuación de la resolución "Por la cual se delegan, asignan y coordinan funciones y competencias relacionadas con la actividad de defensa judicial en los procesos en que sea parte la Nación - Ministerio de Defensa Nacional."

CAPITULO TERCERO

DISPOSICIONES COMUNES

ARTÍCULO 7.- CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE LA DELEGACIÓN

Las delegaciones efectuadas a través de la presente resolución, serán ejercidas por los funcionarios delegatarios conforme a las siguientes condiciones:

1. La delegación es una decisión discrecional del delegante y su cumplimiento es vinculante para el delegatario.
2. El ejercicio de las competencias que por medio de la presente resolución se delegan, está sujeto a la observancia plena de los requisitos y parámetros relacionados con la actividad litigiosa de las Entidades Públicas establecidas en la ley, manuales y políticas del Ministerio de Defensa Nacional.
3. Cuando lo estime conveniente, el Ministro de Defensa Nacional podrá reasumir en todo caso y en cualquier momento, total o parcialmente, las competencias delegadas por medio del presente acto.
4. La delegación establecida en el artículo 3 de esta Resolución no comprende la facultad a *motu proprio*, o a través de apoderado de conciliar, transar o utilizar cualquier otro mecanismo alternativo de solución de conflictos en nombre de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional.
5. Las facultades delegadas mediante la presente resolución son indelegables.
6. La delegación eximirá de toda responsabilidad al delegante, y será asumida plenamente y de manera exclusiva por el delegatario, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 de la Constitución Política el delegante pueda en cualquier tiempo reasumir la competencia, revisar y revocar los actos expedidos por el delegatario, con sujeción a lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo.
7. El delegatario deberá observar estrictamente las disposiciones legales y reglamentarias que regulen el ejercicio de la delegación y es responsable de las decisiones que tome en ejercicio de la misma.
8. El delegatario deberá desempeñarse dentro del marco de actividades establecido en este acto de delegación.
9. El delegatario deberá atender oportunamente los requerimientos sobre el ejercicio de la delegación, hechos por delegante.
10. El delegatario deberá cumplir las orientaciones generales dadas por el delegante.
11. El delegatario facilitará la revisión de sus decisiones por el delegante.
12. Los servidores públicos que ejerzan la defensa judicial, deberán dar estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 45 del Decreto 111 de 1996.
13. En virtud del principio de continuidad de la administración y de la presunción de legalidad de los actos administrativos, el simple cambio de funcionario delegante y/o delegatario no extingue los efectos del acto de delegación. De ahí que, en caso de supresión de cargos o de cambio de denominación de los mismos, las delegaciones se entenderán efectuadas en aquellos que se han citado en el presente acto administrativo para la delegación de competencias, hasta tanto se expida un nuevo acto administrativo que las reasigne.
14. Las responsabilidades y consecuencias de la presente delegación, se rigen por las normas legales aplicables, y en particular por los artículos 9º y siguientes de la Ley 489 de 1998.
15. Este acto tiene fuerza ejecutoria mientras no sea revocado, suspendido, modificado, derogado o anulado por autoridad competente.

ARTÍCULO 8.- COMPROMISO ANTICORRUPCIÓN DE LOS FUNCIONARIOS INVOLUCRADOS EN LA GESTIÓN DE REPRESENTACIÓN, APODERAMIENTO Y DEFENSA JUDICIAL.

Continuación de la resolución "Por la cual se delegan, asignan y coordinan funciones y competencias relacionadas con la actividad de defensa judicial en los procesos en que sea parte la Nación - Ministerio de Defensa Nacional."

Los funcionarios del Ministerio de Defensa Nacional, que tengan como función la actividad litigiosa ante las diferentes Jurisdicciones, deberán suscribir un compromiso anticorrupción que reposará en su folio de vida, en el que se exprese explícitamente su voluntad de abogar por la transparencia en los procesos litigiosos y la responsabilidad de rendir informes de su actuación, compromiso a través del cual, asumirán como mínimo los siguientes:

No ofrecer ni dar prebenda ni ninguna otra forma de contraprestación a ningún funcionario público.

No propiciar que nadie, bien sea empleado de la entidad o familiar ofrezca o dé prebendas o contraprestación a ningún funcionario de la entidad a su nombre;

No recibir directa o indirectamente prebendas ni ninguna otra forma de contraprestación o beneficio a ningún interesado en los procesos que realiza para el cumplimiento de las funciones a su cargo, ni para retardar el ejercicio de dichas funciones.

No realizar conductas que atenten contra la seguridad del personal y de las instalaciones, así como de los intereses de la institución o que pongan a la entidad en desventaja frente a otras personas naturales o jurídicas.

Informar al inmediato superior de las conductas que se detecten relacionadas con falta de transparencia en el ejercicio del cargo, por parte de los funcionarios responsables del litigio.

No realizar acuerdos ni utilizar los mecanismos alternativos de solución de conflictos sin el previo análisis y aprobación del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la Entidad.

Asumir y reconocer expresamente, las consecuencias que se deriven del incumplimiento del compromiso anticorrupción precedente o de cualquiera otra de sus obligaciones legales asociadas a las gestiones propias de la actividad litigiosa a su cargo, ante las diferentes autoridades encargadas de llevar a cabo las correspondientes investigaciones.

ARTÍCULO 9º. INFORME SEMESTRAL. El Superintendente de Vigilancia y Seguridad Privada, deberá remitir semestralmente un informe de la actividad realizada al señor Ministro de Defensa Nacional para su seguimiento y control.

Los funcionarios encargados de la actividad litigiosa del Ministerio de Defensa Nacional, deberán rendir informe semestral de las actuaciones y del estado de los procesos a los delegatarios con copia a la Secretaría General de este Ministerio.

PARÁGRAFO: El informe semestral que rindan los delegatarios indicados en este artículo y los apoderados a los delegatarios, constituirá uno de los mecanismos para efectuar el seguimiento y control de la función delegada en este acto administrativo.

ARTÍCULO 10º. EMPALME EN CASO DE CAMBIO DE MANDO. Cuando haya cambios de los funcionarios designados como delegatarios a través de la presente resolución, éstos deberán preparar un informe de situación y ejecución de las funciones asignadas a su cargo, dejando constancia de la información y documentación entregada al nuevo funcionario que ejercerá las funciones o la competencia respectiva, cuya copia será remitida a la Dirección de Asuntos Legales del Ministerio de Defensa Nacional, para su control y seguimiento.

Continuación de la resolución "Por la cual se delegan, asignan y coordinan funciones y competencias relacionadas con la actividad de defensa judicial en los procesos en que sea parte la Nación - Ministerio de Defensa Nacional."

ARTÍCULO 11º. VIGENCIA Y DEROGATORIA. La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias, en especial la Resolución No. 3455 de 2006.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE,

Dada en Bogotá, D.C. 04 SEP 2007

EL MINISTRO DE DEFENSA NACIONAL


JUAN MANUEL SANTOS C.