

**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA**



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

**TRASLADO DE EXCEPCIONES**  
ARTICULO 175 DE LA LEY 1437 DE 2011

**Radicado No.**  
**13-001-33-33-002-2016-00229-00**

<b>Medio de control</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>Radicado</b>	13-001-33-33-001-2016-00229-00
<b>Demandante/Accionante</b>	RAMÓN ANTONIO CABARCAS FLÓREZ
<b>Demandado/Accionado</b>	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

La Suscrita Secretaria del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, corre traslado a la contraparte de las excepciones propuestas en la contestación de demanda por la parte demandada, por el término de tres (3) días en un lugar visible de la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos del Circuito de Cartagena y en la página web de la Rama Judicial [www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co). Hoy veintidós (22) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

**EMPIEZA EL TRASLADO: VEINTITRÉS (23) DE MAYO DE DOS MIL DIECISIETE, A LAS 8:00 A.M.**

  
**AMELIA MERCADO CERA**  
Secretaria

**VENCE TRASLADO: VEINTICINCO (25) DE MAYO DE DOS MIL DIECISIETE, A LAS 5:00 P.M.**

  
**AMELIA MERCADO CERA**  
Secretaria

A 40

RECIBIDO 22 MAR 2017



TODOS POR UN NUEVO PAÍS



15/MAR/2017 02:14 P. M. CGUZMAN  
DEST: JUZGADO 2 ADMINISTRATIVO  
ADM: JUZGADO 2 ADMINISTRATIVO  
ASUNTO: COMUNICACIONES - CONTESTACIÓN  
REMITENTE: CARLOS ALBERTO GUZMAN ESTRELLA  
TEL: 47  
AL CONTESTAR CON ESTE No. 0013320  
CONSEJO Superior de la Judicatura 2017-13322



Bogotá D.C.  
No. 212

CREMIL: 6034-9558

CERTIFICADO  
SIOJ: 73164

Señores  
JUZGADO 2 ADMINISTRATIVO ORAL DE CARTAGENA  
Centro, Av. Daniel Lemaitre N° 10-129 Antiguo Edif. Telecartagena.  
Cartagena – Bolívar  
E. S. D.

**CONTESTACIÓN DE DEMANDA - Prima de Actividad**

PROCESO 2016 – 00229  
DEMANDANTE RAMON ANTONIO CABARCAS FLOREZ  
DEMANDADA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

CARLOS ALBERTO GUZMAN ESTRELLA, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía No. 79.746.860 de Bogotá, Abogado con Tarjeta Profesional No. 219.455 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado judicial de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, de conformidad con el poder a mí conferido, por EVERARDO MORA POVEDA en su calidad de Jefe de la Oficina Jurídica de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL me permito CONTESTAR LA DEMANDA de la referencia, en los siguientes términos:

**EN CUANTO A LOS HECHOS.**

1. Son ciertos todos los hechos relacionados con el reconocimiento de la prestación en cabeza de la demandante.
2. Son ciertos todos los hechos relacionados con la petición efectuada a la Entidad.
3. Son ciertos todos los hechos relacionados con la respuesta dada por la Entidad que represento.
4. En cuanto al resto de los hechos, los mismos son materia de la litis.



## EN CUANTO A LAS DECLARACIONES Y CONDENAS

LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES SE OPONE A TODAS Y CADA UNA DE ELLAS.

### ARGUMENTOS DE LA DEFENSA

#### 1. LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, encargado de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensiones de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho, con sujeción a la normatividad aplicable y vigente a la fecha de reconocimiento.

Al respecto, es del caso señalar que desde la misma Constitución de 1886, los derechos y obligaciones, así como el régimen de carrera, prestacional y disciplinario de los miembros de las Fuerzas Militares, han hecho parte de un régimen especial que le es propio, diferente del régimen general al cual hacen parte todos los demás trabajadores; dicha situación actualmente, se encuentra contenida en el artículo 217 inciso 3 de nuestra carta magna.

En desarrollo de los preceptos constitucionales, se han proferido diferentes disposiciones legales, por las cuales se reglamenta y organiza la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares como son entre otros los Decretos 3071 de 1968, Decreto 2337 de 1971, Decreto 612 de 1977, Decreto 089 de 1984, Decreto 095 de 1989, Decreto Ley 1211 de 1990, y Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.

Es así, que frente al caso en comento, el accionante señor **Suboficial Jefe (R) RAMON ANTONIO CABARCAS FLOREZ**, adquirió el status de militar retirado al desvincularse de la Armada Nacional a partir del **01 de septiembre de 1976**, misma fecha en la que reunió los requisitos para acceder a la prestación, encontrándose bajo la vigencia del **Decreto 2337 de 1971**; dicha norma, con relación al reconocimiento de la asignación de retiro y sus partidas computables, establece:

*Artículo 116- A partir de la vigencia del presente decreto, al personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares que se retire o sea retirado bajo la vigencia del mismo, se le liquidará las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas así:*

(...)

*b. Asignaciones de Retiro y Pensiones sobre: Sueldo básico, prima de antigüedad, un subsidio familiar para el personal de oficiales y suboficiales casados o viudos con hijos legítimos, del treinta por ciento (30%) de su sueldo básico por su estado de casado o viudo con hijos legítimos, un cinco por ciento (5%) por el primer hijo y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que el total sobre pase el cuarenta y siete por ciento (47%) del sueldo básico, **una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente a su grado**, doceava 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 y prima de estado Mayor en las condiciones de este decreto. (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

En cumplimiento a la norma transcrita y previa verificación de las formalidades legales, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, reconoció asignación de retiro al demandante, a través de la Resolución No. 1058 del 06 de octubre de 1976, aprobada por el Ministerio de Defensa Nacional, a través de la Resolución No. 122 del 30 de febrero de 1976.

Se tiene entonces, que el demandante se le venia liquidando dentro de su asignación de retiro el 25% por concepto de prima de actividad a partir del 01 de septiembre de 1976 y hasta la expedición del Decreto 2863 de 2007, con el cual dicho porcentaje fue incrementado al 37.5%, porcentaje reconocido al militar de acuerdo al tiempo de servicios acreditado.

Ahora bien, mediante petición el demandante solicitó el reajuste de la prima de actividad dentro de su asignación de retiro, pretendiendo se le modifique el porcentaje de la prima de actividad; a lo cual esta Entidad dio respuesta, no accediendo a lo solicitado, por cuanto su prestación quedó consolidada bajo el imperio del Decreto 2337 de 1971 y Decreto Ley 95 del 11 de enero de 1989, constituyéndose en un derecho adquirido, no siendo aplicables modificaciones en aplicación a normas posteriores, salvo que el legislador expresamente disponga lo contrario.

Es importante anotar, que después del Decreto Ley 95 de 1989, se han expedido los Decretos leyes 1211 de 1990, 2070 de 2003, 4433 del 30 de diciembre de 2004 reglamentario de la Ley 923 de 2004 y decreto 673 de 2008, en los cuales y respecto a los derechos motivo de controversia, no entraron a efectuar ningún tipo de modificación a prestaciones ya reconocidas o derechos consolidados, estableciendo taxativamente su aplicación y cobertura a las prestaciones reconocidas bajo su vigencia.

- En la vigencia fiscal de 1990 (18.5%)
- En la vigencia fiscal de 1991 (22.5%)
- En la vigencia fiscal de 1992 (25%)

Con fundamento en la normatividad anteriormente transcrita, la cual cobija al hoy demandante y como quiera que la prestación fue reconocida con anterioridad al año de 1984, y considerando su tiempo de servicio de 22 años, 08 meses y 21 días, esta Caja mediante auto de sustanciación de fecha 22 de Mayo de 1989, liquidó la prima de actividad del Militar, así:

- Para individuos con treinta (30) o más años de servicio, el (33%). (Negrita y subrayado fuera de texto)
- Para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%)
- Para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%)
- Para individuos con quince (15) o más años de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%)
- Para individuos con menos de (15) años de servicio, el quince por ciento (15%)

Artículo 154. 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 computará de la siguiente forma:

- En la vigencia fiscal de 1990 hasta el dieciocho punto cinco por ciento (18.5%)
- En la vigencia fiscal de 1991 hasta el veintidos punto cinco por ciento (22.5%)
- En la vigencia fiscal de 1992 hasta el treinta y tres por ciento (33%)

Artículo 155. Reconocimiento prima de actividad. 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 a lo dispuesto en el artículo anterior, en la forma que a continuación se expresa:

Posteriormente, se expidió el Decreto Ley 95 del 11 de enero de 1989, el cual en su artículo 155 en concordancia con el artículo 154 estableció una modificación en la partida de prima de actividad para aquellas prestaciones reconocidas con anterioridad al 18 de enero de 1984, en los siguientes términos:

297

## **HACIENDO CLARIDAD QUE EL PORCENTAJE RECONOCIDO AL ACTOR FUE EL TOPE MÁXIMO PERMITIDO POR EL LEGISLADOR, PARA LA ÉPOCA.**

Para garantizar el poder adquisitivo de las mesadas pensionales de los miembros de las Fuerzas Militares en retiro, se contempló un aumento del porcentaje de la partida computable de Prima de Actividad, tomando como punto de referencia lo devengado por los militares en actividad, en los porcentajes plenamente establecidos por la norma. Sobre este punto en particular, el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007 – *Por medio de la cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones* – en su Artículo 2° previó un incremento en el porcentaje de la Prima de Actividad que venían devengando los miembros en servicio activo en el equivalente al cincuenta por ciento (50%) de lo devengado por todo concepto, a partir del 1° de julio de 2007. Para garantizar el cumplimiento del principio de oscilación en esta materia a los miembros retirados del servicio en su artículo 4° señaló textualmente:

*Artículo 4°. En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1° de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2° del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007.*

*Parágrafo. No le será aplicable este artículo al personal que por decisión judicial se hubiere acogido al Régimen General de Pensiones.*

(...)

Como se evidencia de lo anterior, la norma en comento equiparó el porcentaje en que debe incrementarse la prima de actividad para todos los miembros – *tanto activos como retirados del servicio en el equivalente a un 50% de lo devengado* – pero sin establecer una equivalencia en el monto base de dicha liquidación – *como equivocadamente asume el demandante* – pues la normatividad mediante la cual se establecieron estos porcentajes para liquidar la asignación descrita en los apartes anteriores, no fue modificada por la norma en comento.

Así las cosas, es claro que el Decreto 2863 de 2007 dispuso un incremento en el porcentaje de la asignación de la prima de actividad – *sin efectuar modificación alguna de los porcentajes que disponen el monto base para su liquidación sobre el cual ha de efectuarse el incremento* -, por cuanto este no es el sentido de la norma.

Conforme lo anterior, si bien es cierto la prima de actividad del personal activo y del personal retirado se debe incrementar en el mismo porcentaje (50%), en desarrollo del principio de oscilación, también lo es que la prima de actividad reconocida y devengada que se debe incrementar es diferente. Efectivamente, conforme al artículo 84 del decreto 1211 de 1990 la prima de actividad para los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares activos corresponde al 33%, mientras que la prima de actividad del personal de Oficiales y Suboficiales retirados corresponderá al porcentaje establecido en el decreto vigente para la época del retiro.

Es necesario reiterar que cada uno de los Decretos 3071 de 1968, Decreto 2337 de 1971, Decreto 612 de 1977, Decreto 089 de 1984, Decreto 095 de 1989, Decreto Ley 1211 de 1990, y 4433 del 31 de diciembre de 2004), consagra en forma clara y precisa el porcentaje que se debe liquidar la prima de actividad para el personal que se encuentra activo y al mismo tiempo

92

establece el porcentaje de prima de actividad que se debe incluir en la liquidación de la asignación de retiro, que no corresponde al que se devengó en actividad.

**En tal sentido el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda-Subsección C Magistrado Ponente Dra. AMPARO OVIEDO PINTO en Sentencia del 06 de febrero de 2015, expediente 2013-00489, señala lo siguiente:**

(...) "Observa la Sala con absoluta claridad, que en el artículo 4° del Decreto 2863 de 2007, al igual que en los Decretos 095 de 1989 y 1211 de 1990, el legislador consagró en forma taxativa el aumento en la partida de la prima de actividad para el personal retirado de Oficiales y Suboficiales las fuerzas militares.

Además, las normas posteriores al Decreto 2863 de 2007, no han modificado el porcentaje de la prima de actividad que se debe computar en la asignación de retiro.

Así, el Decreto 673 de 2008, "por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares; Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional; Personal del Nivel Ejecutivo' de la Policía Nacional, y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial", en su artículo 31 expresa:

*"Artículo 31. La prima de actividad de que trata el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990 los artículos 84 del Decreto-ley 1211 de 1990, 68 del Decreto-ley 1212 de 1990, será del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%). Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del Decreto-ley 1211 de 1990 y 141 del Decreto-ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%)."*

Es claro que el citado artículo 31 se refiere exclusivamente a la prima de actividad de que trata el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, esto es, la del personal activo y no la del personal retirado. En este decreto el legislador no consagra en forma taxativa, como lo hizo en los Decretos 095 de 1989, 1211 de 1990 y 2863 de 2007, que se deba incrementar la prima de actividad al personal retirado, y tampoco brinda herramientas que permitan inferir tal interpretación.

Lo anterior se explica en la medida que a través del Artículo 37 del Decreto 673 de 2008, se dispuso con claridad que se derogaba "el Decreto 1515 de 2007 y el Decreto 2863 de 2007, con excepción de lo dispuesto en el artículo 4°", es decir, que el incremento de la prima de actividad para el personal retirado en desarrollo del principio de oscilación, siguió en plena vigencia." (...)

En este orden de ideas, si cotejamos lo dispuesto en el **Decreto 2863 de 2007** y el incremento aplicado a la asignación de retiro que disfruta el demandante, se encuentra correspondencia entre lo dispuesto por la norma y la decisión de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, pues a la Entidad le correspondía realizar un incremento del 12.5% al porcentaje base para su liquidación por concepto de prima de actividad, pasando del 25% al 37.5%, con el fin de garantizar el poder adquisitivo de la asignación de retiro del hoy accionante.

Lo anterior en razón a que el incremento del 50% sobre la prima de actividad depende estrictamente del porcentaje reconocido como consecuencia del tiempo de servicio que tenga acumulado cada titular de la asignación de retiro, por lo cual, lo que se pretende con la norma es que el ajuste por dicho concepto sea en el mismo porcentaje en que se haya aumentado en el activo correspondiente. Significa lo anterior que tal y como se explicó con anterioridad, la prima de actividad se incrementa en el mismo porcentaje ordenado en el Art. 2 del Decreto 2863 de 2007, lo que conlleva a aplicar el 50% de lo devengado en la referida prima, que para el caso de la asignación recibida por el demandante – al tener reconocida la prima de actividad en un 25%. este porcentaje debe ser incrementado en un 12.5% para un total de 37.5%. valor que ha venido reconociendo mi representada.

Ahora bien, es preciso aclarar que el "*principio de oscilación*" que rige para las asignaciones de retiro y las pensiones de los servidores de las fuerzas armadas consiste en que estas prestaciones se incrementan en el mismo porcentaje que de conformidad con los decretos emitidos por el Gobierno Nacional deben reajustarse las asignaciones del personal activo en cada grado.

Así, entonces, no se trata, desde el punto de vista normativo que el incremento deba realizarse con fundamento en nuevos componentes de la asignación mensual del personal activo, en este caso de la prima de actividad para incrementar la base de liquidación del monto de la prestación pensional reconocida y cancelada, salvo que sea la propia ley la que disponga una situación en contra de esta regla general.

En virtud del principio de irretroactividad de la ley, las normas con fundamento en las cuales se emite un acto administrativo, que para el caso concreto efectuó la liquidación de la asignación de retiro de que disfruta el demandante deberá mantenerse incólumes, es decir, que no pueden modificarse. Por cuanto la normatividad que se aplica a los actos administrativos que se emiten en determinado momento debe ser aquella que está vigente en el momento de su expedición, salvo que la propia ley disponga algo diferente. Y es lógico, porque no puede pretenderse la nulidad del acto de reconocimiento de la asignación de retiro cuando éste tuvo como exclusivo fundamento la norma vigente en el momento en que el actor accedió a su derecho y obtuvo su reconocimiento.

En tal sentido el Principio de oscilación no implica que se modifique el porcentaje de liquidación de la Prima de Actividad sino que el ya porcentaje reconocido se aplica al valor de la Prima de Actividad que estuviere devengando el personal en servicio activo.

Por tal motivo el porcentaje indicado es con el cual se liquidó inicialmente la asignación de retiro y no con el cual se modifica su valor a menos que la Ley lo diga.

En conclusión, la prima de actividad se liquida conforme al Estatuto vigente para la fecha del retiro efectivo del personal y en la forma que aquél determine expresamente, razón por la cual en el sub iudice no es aplicable la normativa aludida por el recurrente.

Por otra parte, si el reconocimiento de la asignación de retiro de la parte actora cumple con el computo de la Prima de Actividad que continua vigente en un monto proporcional al tiempo de servicio, acorde con lo establecido tanto en los Decretos 2337 de 1971 y 095 del 11 de 1989 como en el Decreto 2863 de 2007, el desconocimiento de los derechos adquiridos alegados en la demanda carece de fundamento, pues la Administración no puede concederle un derecho que el ordenamiento jurídico no le ha conferido.

En virtud de lo expuesto no le asiste razón a la demandante para solicitar la nulidad del acto acusado; por cuanto los actos administrativos proferidos en el caso bajo estudio se encuentran

43

ajustados a derecho, motivo suficiente para no desvirtuar su presunción de legalidad y en consecuencia negar las súplicas de la demanda.

## 2. NO VIOLACION AL DERECHO A LA IGUALDAD

En tal sentido el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Segunda-Subsección B en Sentencia del 09 de noviembre de 2011, expediente 2006-117, expone que en materia de constitucionalidad de las diferencias de trato, la H. Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha precisado lo siguiente:

*"El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador introduzca regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferenciación se ajuste a los preceptos constitucionales".*

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

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

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

*"...el trato diferenciado de dos situaciones de hecho diversas no constituye una discriminación siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: primero, que los hechos sean distintos; segundo, que la decisión de tratarlos de manera diferente esté fundada en un fin aceptado constitucionalmente; tercero, que la consecución de dicho fin por los medios propuestos sea posible y además adecuada. Como se ve, cada una de estas condiciones corresponde al papel que juegan los tres elementos -fáctico, legal o administrativo y constitucional- en la relación que se interpreta. Por eso, la primera condición pertenece al orden de lo empírico (hecho), la segunda hace parte del orden de lo válido (legalidad) y la tercera del orden de lo valorativo (constitución). (...)"<sup>1</sup>*

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sentencia No. C-587/11, Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIETANUZ.

Se tiene entonces, que el principio de igualdad se predica solo entre iguales, por tanto en el presente caso NO se ha vulnerado el derecho a la igualdad, ya que se reitera que es el legislador quien establece la escala gradual porcentual y los parámetros para el reconocimiento y pago de las asignaciones de retiro, y no puede equipararse un militar con otro cuya asignación de retiro es posterior y está sometido a un régimen jurídico distinto pues la situación, en cada caso, debe resolverse con sujeción al régimen vigente en el momento en el que ella se presente, ello significa que aquellos individuos que tiene una situación jurídica consolidada, no puede verse afectada, desconocida ni desmejorada por leyes posteriores, pero también que quienes se encuentren en ella no acceden a las condiciones más beneficiosas que en el futuro se establezcan por el legislador para los mismos supuestos fácticos. Esto es, la nueva ley rige hacia el futuro y se aplica a los hechos que ocurran a partir de su vigencia, sin que las situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad se vean afectadas por la misma.

Por lo tanto no le corresponde a esta Caja efectuar interpretaciones, ni juicios de valor, apartándose de lo establecido en la norma especial aplicable a cada uno de los miembros de la fuerza pública, siendo del caso indicar que los Oficiales y Suboficiales de las fuerzas militares tienen una disposición especial, debiendo esta Entidad aplicar en su integridad tales disposiciones.

En conclusión, ha quedado plenamente establecido que el demandante adquirió el derecho a percibir la asignación de retiro de conformidad a la norma vigente para la fecha de su retiro del servicio -Decreto 2337 de 1971 y 095 del 11 de 1989-, incluyendo los porcentajes establecidos, lo que significa que tales aspectos no pueden ser desconocidos, ni modificados por las nuevas regulaciones que indefinidamente introduzcan posteriores estatutos del personal en relación con las asignaciones de retiro, pues ello llevaría a desconocer el principio de la **INESCINDIBILIDAD DE LA LEY**, que prohíbe dentro de una sana hermenéutica fraccionar las normas legales, rompiendo de tal manera el principio de la seguridad jurídica. Otra cosa es que la asignación de retiro se vea incrementada anualmente en virtud de los aumentos decretados por el gobierno nacional para el personal en actividad, evento en el cual tiene aplicación el principio de oscilación atendiendo a la condición más beneficiosa para el servidor como lo ha sostenido el H. Consejo de Estado.<sup>2</sup>

### 3. SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS ADQUIRIDOS

Al respecto, resulta claro en el caso sub lite, que la existencia de derechos adquiridos a favor del demandante solamente se puede pregonar, respecto del derecho reconocido en el año de 1976 bajo el amparo de la normatividad vigente, y no como lo pretende hacer ver el accionante, sobre derechos y situaciones contempladas en normas posteriores a la consolidación de su derecho, que no le es aplicable por cuanto el militar adquirió el status de retirado, a partir del 01 de septiembre de 1976.

Sobre la noción de Derechos Adquiridos, la Corte Constitucional en sentencia C- 147/ 97, señaló:

*"Debe la Corte en consecuencia determinar, el contenido y alcance de la noción de "derecho adquirido" y si el aparte normativo acusado implica desconocimiento de derechos consolidados... (...)*

*2.1. Como reiteradamente lo ha señalado esta Corporación, siguiendo las orientaciones de la doctrina y la jurisprudencia, configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona.*

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado- Sector Seguridad- Consejo Ponente- TAIMÉ AYOÚ NOGARCÍA- sentencia del 17 de mayo de 2007- expediente No. 8464-07

44

*Ante la necesidad de mantener la seguridad jurídica y asegurar la protección del orden social, la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales. De este modo se construye el principio de la irretroactividad de la ley, es decir, que la nueva ley no tiene la virtud de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles e incólumes frente a aquélla, cuando ante una determinada situación de hecho se han operado o realizado plenamente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes*

*La doctrina y la jurisprudencia contraponen a los derechos adquiridos las "meras expectativas", que se reducen a la simple posibilidad de alcanzar un derecho y que, por lo mismo, no son más que una intención o una esperanza de obtener un resultado jurídico concreto.."*

Es así, que lo que pretende el accionante es la modificación de un derecho reconocido y consolidado desde el año de 1976, con aplicación PARCIAL de las nuevas regulaciones, obviamente en lo que le resulta conveniente, toda vez que las disposiciones actuales han establecidos una serie de requisitos adicionales a los exigidos en su momento al demandante a los cuales no hace referencia.

LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, reconoció la asignación de retiro al militar aplicando la normatividad vigente a la fecha de su retiro y sus derechos adquiridos no han sido vulnerados, por el contrario todos los aumentos decretados por la Ley año tras año, se han hecho efectivos de acuerdo al porcentaje de liquidación en su asignación de retiro y de acuerdo a lo dispuesto por el legislador.

#### 4. PRECEDENTE JUDICIAL SOBRE PRIMA DE ACTIVIDAD

En torno al problema jurídico, que en este caso es objeto de controversia, me permito plantear lo siguiente:

***¿Tiene derecho el demandante, a que su asignación de retiro sea reajustada con la inclusión de la prima de actividad, conforme a los porcentajes establecidos en el Decreto 2863 de 2007?***

En razón a la expedición de la Ley 1395 de 2010, artículo 115 y a propósito de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, se debe observar el precedente jurisprudencial en la toma de decisiones por parte de los Jueces de la República. Por su parte, el nuevo CCA, que entró en vigencia a partir del 2 de julio del 2012, trae la figura de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, donde se obliga a las autoridades a tener en cuenta las sentencias de unificación de esa Corporación, en sus fallos.

El sustento de lo anterior, la honorable Corte Constitucional lo ha establecido en varias de sus sentencias<sup>3</sup>, entre ellas la C-539 de 2011, Magistrado Ponente: LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA, demanda de inconstitucionalidad en contra el artículo 114 (parcial) de la Ley 1395 de 2010 "Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial:

<sup>3</sup> C-463 de 2011, Magistrado Ponente: LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 107 (parcial) de la Ley 1437 de 2011 "por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo."

C-539 de 2011, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010 "por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo." Establece: "Y su vez, las autoridades administrativas son también sujetos de estos mandatos superiores y en consecuencia, de la fuerza vinculante de los fallos emanados de las altas cortes jurisdiccionales. Adicionalmente, frente a ellos, el legislador dispone de una amplia potestad de configuración para establecer parámetros de la actuación administrativa de naturaleza judicial."

En consecuencia, la orden del legislador dada a la autoridad administrativa en el inciso primero del artículo 107 de la Ley 1437 de 2011, de extender los efectos de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa, a casos basados en los mismos supuestos fácticos y jurídicos, es desarrollo del concepto de la fuerza vinculante de las sentencias proferidas por las altas corporaciones de orden."

**" (...) El entendimiento del imperio de la ley, a la que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales, debe entenderse como referido a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales."**

(...)

Sobre este tema, ha resaltado la Corte que (i) la intención del constituyente ha sido darle clara y expresa prevalencia a las normas constitucionales –art. 4º Superior- y con ella a la aplicación judicial directa de sus contenidos; (ii) que esto debe encontrarse en armonía con la aplicación de la ley misma en sentido formal, es decir dictada por el Legislador, la cual debe ser interpretada a partir de los valores, principios, objetivos y derechos consagrados en la Constitución; (iii) que por tanto es la Carta Política la que cumple por excelencia la función integradora del ordenamiento; (iv) que esta responsabilidad recae en todos las autoridades públicas, especialmente en los jueces de la república, y de manera especial en los más altos tribunales; (v) que son por tanto la Constitución y la ley los puntos de partida de la interpretación judicial; (vi) que precisamente por esta sujeción que las autoridades públicas administrativas y judiciales deben respetar el precedente judicial o los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores; (vii) que esta sujeción impone la obligación de respetar el principio y derecho de igualdad tratando igual los casos iguales; (viii) que mientras no exista un cambio de legislación, persiste la obligación de las autoridades públicas de respetar el precedente judicial de los máximos tribunales, en todos los casos en que siga teniendo aplicación el principio o regla jurisprudencial; (ix) que no puede existir un cambio de jurisprudencia arbitrario, y que el cambio de jurisprudencia debe tener como fundamento un cambio verdaderamente relevante de los presupuestos jurídicos, sociales existentes y debe estar suficientemente argumentado a partir de razonamientos que ponderen los bienes jurídicos protegidos en cada caso; (x) que en caso de falta de precisión o de contradicción del precedente judicial aplicable, corresponde en primer lugar al alto tribunal precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia; y (xi) que en estos casos corresponde igualmente a las autoridades públicas administrativas y a los jueces, evidenciar los diferentes criterios jurisprudenciales existentes para fundamentar la mejor aplicación de los mismos, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, "y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley" para el caso en concreto.

(...)

Así mismo, la Corte ha aceptado que el desconocimiento de la jurisprudencia sentada por una Alta Corte puede conllevar, a su vez, una infracción directa de preceptos constitucionales o legales o de un acto administrativo de carácter general, casos en los cuales se configura igualmente el delito de prevaricato por acción

De igual manera, la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera sistemática, que la acción de tutela procede cuando los jueces en sus providencias se apartan arbitrariamente de los precedentes sentados por las Altas Cortes (precedente vertical) o sus propias decisiones (precedente horizontal), y que cuando se apartan del precedente horizontal o vertical deben ofrecer un argumento suficiente que justifique el cambio, asegure la igualdad y conjure la arbitrariedad.

Por tanto, esta Corte ha precisado que el precedente constitucional es vinculante y que su desconocimiento por parte de los servidores públicos tanto administrativos

§ 45

*como judiciales, da lugar a (i) la interposición de acciones judiciales, como la tutela, y (ii) da lugar a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, al configurarse dicho desconocimiento como una vía de hecho judicial."*

La Corte Constitucional ratifica la obligación de aplicar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes, tanto en la jurisdicción ordinaria por la Corte Suprema de Justicia, como en la jurisdicción contenciosa administrativa por el Consejo de Estado, y en la jurisdicción constitucional por la Corte Constitucional, a partir de las normas constitucionales y reglas jurisprudenciales que fueron analizadas en detalle en la parte considerativa de esta sentencia y que se sistematizan en este apartado.

Es entonces menester para los Jueces de la República, respetar el precedente judicial<sup>4</sup>, de las altas Cortes, como fuente del derecho, siempre y cuando éste tenga consonancia con los mandatos constitucionales; en ese orden de ideas, la misma Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial al respecto y a propósito de de la obligatoriedad de sus mismas decisiones, entre las que se destacan: SU-047/99, T-049 del 2007.

Así las cosas, es un hecho evidente que existe abundante jurisprudencia de los diferentes Tribunales Administrativos a nivel nacional a favor de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en donde se declara que la Entidad aplico en debida forma lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007, respecto al reajuste del porcentaje de la prima de actividad para el personal retirado antes de la entrada en vigencia del Decreto referido, constituyéndose en un precedente el cual deberá acatarse y respetarse.

#### **4.1. Algunos pronunciamientos judiciales sobre la Prima de Actividad**

1. *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "F", demandante: Gustavo Suescun Martínez, Proceso No. 2012-00136, de fecha 14 de mayo de 2015.*
2. *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B", demandante: Hernando Barragán Corba, Proceso No. 2012-00319.*
3. *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", demandante: Ruth Chaparro de Vásquez, Proceso No. 2013 - 00204.*
4. *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B", demandante: Félix María Albarracín Duarte, Proceso No. 2013 - 00383.*
5. *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", demandante: Mario Alfonso Navas Cabrera, Proceso No. 2004-8660.*
6. *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", demandante: Alonso Vaca Chitiva, Proceso No. 2011-081.*
7. *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", demandante: Alcides Cárdenas Vela, proceso No. 2007-419.*
8. *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", demandante: URIEL DE JESUS VERGARA, proceso No. 2012-150-01.*

<sup>4</sup> Trabajo de posesión como miembro correspondiente del I.C.E. del Estado Plurinacional de Bolivia. Boletrabajo, 1 de Junio de 2007.

9. *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", Demandante: LUIS JAVIER ARANGO BENAVIDES, proceso No. 2013-147-01.*
10. *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", Demandante: EFRAIN TRILLERAS ROJAS, proceso No. 2012-146-01.*
11. *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", Demandante: JOSE ANGEL IGLESIA CAMPO, proceso No. 2013-068-01.*
12. *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", Demandante: MARIA JOSEFA OLARTE DE RIAÑO, proceso No. 2013-00175-0.*
13. *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", Demandante: LUZ MARINA PAEZ BETANCOURT, proceso No. 2013-00027-01*
14. *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "D", Demandante: CECILIA ROA CARVAHO, proceso No. 2013-00117-01*
15. *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", Demandante: HUMBERTO MAYORGA PEÑA, proceso No. 2013-187-01.*
16. *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", Demandante: HIPOLITO GOMEZ MEJIA, proceso No. 2013-346-01*
17. *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "E". Demandante: LUIS EDUARDO ALVAREZ SILVA, proceso No. 2012-0207-01.*
18. *Tribunal Administrativo de Santander en Descongestión – Sala de Asuntos Laborales -, Demandante: CONCEPCIÓN CAMARGO BARRAGAN, proceso No. 2011-173-01.*
19. *Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Decisión de Descongestión No. 10ª – Despacho No. 05, Demandante: JORGE ENRIQUE RODRIGUEZ DIAZ, proceso No. 2007-00328-01.*
20. *Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", Demandante: JOSE ANGEL IGLESIA CAMPO, proceso No. 2013-068-01.*
21. *Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 001. Demandante: ANDRES PEREZ LONDOÑO, proceso No. 2012-020-01.*
22. *Tribunal Administrativo del Atlántico, Sala de Oralidad, Demandante: ALIRIO GOMEZ GONZALEZ. proceso No. 08001-23-33-001-2014-00137-00 JR (2013-00250).*

## EXCEPCIONES

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

Sobre el particular cabe resaltar que las actuaciones realizadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares, por cuanto al realizar los incrementos anuales a las asignaciones de retiro con base en los Decretos Ejecutivos expedidos por el Gobierno Nacional, corrobora el régimen prestacional especial que rige para este sector, diferente a la normatividad dispuesta para los demás servidores públicos que se enmarcan dentro del régimen general de seguridad social.

En consecuencia, estas actuaciones no se enmarcan dentro de ninguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 137 del CPACA como la citada por el demandante –**FALSA MOTIVACIÓN**, para lo cual es oportuno realizar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, el Honorable Consejo de Estado, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA -SUBSECCIÓN "A", en SENTENCIA N° 10051 DE 1998, del 19 de marzo de 1998, CONSEJERA PONENTE: DOCTORA CLARA FORERO DE CASTRO, estableció:

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

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

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

En el caso bajo estudio, no se da causal alguna de nulidad de los actos administrativos proferidos y por el contrario las actuaciones realizadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se ajustan a lo dispuesto por el legislador, respecto al reconocimiento y pago de la prima de actividad.

### PETICIÓN

Efectuada la reseña doctrinal y fáctica que antecede, esta defensa advierte que las pretensiones de la demanda están llamadas a no prosperar; así las cosas, con todo respeto solicito a su Señoría se sirva **DENEGAR LAS SUPPLICAS DE LA DEMANDA** y en consecuencia **CONDENAR EN COSTAS A LA PARTE DEMANDANTE**.

### PRUEBAS

De conformidad con el párrafo 1°. Del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011 esta Entidad pública demandada allega copia del expediente administrativo en lo que se refiere a los antecedentes que dieron origen a la controversia, además de los siguientes documentos:

- Copia auténtica del cuadernillo de reconocimiento de la asignación de retiro del demandante.
- Copia auténtica del cuadernillo de reajuste de la asignación de retiro del demandante
- Copia auténtica del derecho de petición y de la respuesta suministrada (acto demandado).
- Copia auténtica del auto de sustanciación de fecha 23 de mayo de 1989.

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

No obstante lo anterior, si el señor Juez considera que se debe aportar la totalidad de los cuadernillos que conforman el expediente administrativo, esta defensa estará presta a remitirlos a la mayor brevedad posible.

#### PETICIÓN ESPECIAL

**Muy respetuosamente solicito a este despacho que la notificación para la audiencia inicial (Art. 180 L. 1437) me sea notificada al correo electrónico institucional: [cguzman@cremil.gov.co](mailto:cguzman@cremil.gov.co) y al personal: [abogadocarlosguzman@gmail.com](mailto:abogadocarlosguzman@gmail.com)**

#### ANEXOS

1. Acta de Posesión No. 054-2012 del 06 de noviembre de 2012 del Dr. EVERARDO MORA POVEDA
2. Resolución No. 6810 del 01 de noviembre de 2012, por medio de la cual se hacen unas incorporaciones a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
3. Resolución No. 30 de 2013, por medio de la cual se delegan unas funciones relacionadas con la actividad de defensa judicial de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
4. Decreto de nombramiento del Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
5. Acta de posesión del Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
6. Certificado de ejercicio de funciones del Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
7. Poder a mi conferido.

#### NOTIFICACIONES

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, al señor Mayor General (r) del Ejército EDGAR CEBALLOS MENDOZA, Director General y Representante legal, y el Dr. EVERARDO MORA POVEDA, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, tienen domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., reciben notificaciones en la Carrera 10 N° 27-27 Oficina 214 del Edificio Bachué, correo electrónico [notificacionesjudiciales@cremil.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@cremil.gov.co).

El suscrito apoderado en Bogotá D.C. en el Edificio Bachué, Carrera 10 N° 27-27, teléfono 3537300. EXT. 7355 correo electrónico [cguzman@cremil.gov.co](mailto:cguzman@cremil.gov.co)

48

Atentamente,



**CARLOS ALBERTO GUZMAN ESTRELLA**  
C.C. 79.746.860 de BOGOTA  
T.P. No. 219.455 del C.S. de la J.

Anexo: (40) Folios 40 .