REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE CARTAGENA

TRASLADO DE EXCEPCIONES Nº 007

MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN : 13001-33-33-33-002-2013-00300-00
DEMANDANTE : RODOLFO ARIEL CASTRO PEREZ
DEMANDADO : CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

El Suscrito Secretario 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 de la entidad demandada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, (folios 55-64), 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. Hoy once (11) de febrero de dos mil quince (2015).

EMPIEZA TRASLADO : 11 DE FEBRERO DE 2015 A LAS 8:00 A.M.
VENCE TRASLADO : 13 DE FEBRERO DE 2015 A LAS 5:00 P.M.

RICARDO AUGUSTO PEÑA SIERRA
Secretario Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena

Grupo Social y Empresarial de la Defensa

REPUBLICA DE COLOMBIA
MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
CAJA DE RETIRO DE LAS FF.MM.

Servicio Justo y Oportuno

Bogotá, D.C.

CERTIFICADO
CREMIL: 74901-76396
SIOJ: 54609

No. 212

RECIBIDO 15 AGO 2014

11/AGO./2014 03:38 P. M. NLOPEZ
DEST JUEZ 2 ADMINISTRATIVO ORAL DEL
ATN JUEZ 2 ADMINISTRATIVO ORAL DEL
ASUNTO COMUNICACIONES - DEMANDA --
REMITE ANGELA PATRICIA ACOSTA GUTIERREZ -
FOLIOS 1
AL CONTESTAR CITE ESTE No 0059802
CONSECUTIVO 2014-59802

CAJA DE RETIRO DE LAS FF.MM
7742220
[Enviado]

Señor
JUEZ 02 ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
La Mutana, Avenida Daniel Lemaitre, Calle 32 No. 10-129
Cartagena - Bolívar
E. S. D.

ASUNTO: CONTESTACIÓN DEMANDA – PRIMA ACTUALIZACION / BONIFICACION POR COMPENSACION / IPC / REAJUSTE RESPECTO AL GRADO DE GENERAL

PROCESO No.: 2013-300
DEMANDANTE: RODOLFO ARIEL CASTRO PEREZ
DEMANDADA: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

LINA MARIA GUERRERO MACIAS, domiciliada en Bogotá D.C., identificada con cédula de ciudadanía No.36.308.022 de Neiva - Huila, Abogada con Tarjeta Profesional No.163.226 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 otorgado, por medio del presente escrito, me permito **CONTESTAR** la demanda de la referencia, en los siguientes términos:

EN CUANTO A LOS HECHOS, DECLARACIONES Y CONDENAS LA CAJA DE RETIRO SE OPONE A TODAS Y CADA UNA DE ELLAS.

Es del caso informar al Despacho que el titular de la prestación goza de Asignación de Retiro a partir del **15º DE JUNIO DE 2011** por lo que no procede ninguna condena en contra de la entidad respecto al tiempo anterior a esa fecha.

Al respecto, le indico que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares es un establecimiento público del orden nacional, creado por la Ley 75 de 1925, adscrito al Ministerio de Defensa pero diferente de él.

En virtud del Acuerdo No. 08 del 31 de octubre de 2002, "Por el cual se adoptan los Estatutos Internos de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares", se establece en lo pertinente:

> ***"ARTICULO 2o. Denominación.*** *La institución para todos los efectos legales se denominará Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. ".*
>
> ***ARTICULO 3º. Naturaleza jurídica.*** *La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares es un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, que se rige*

por las normas orgánicas del Decreto - ley 2342 de 1971, Decreto – ley 2002 de 1984, Ley 489 de 1998 y por las disposiciones del presente estatuto.

ARTICULO 5o. Objeto. *La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares tiene como objeto fundamental reconocer y pagar las Asignaciones de Retiro al personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que consoliden el derecho a tal prestación, así como la sustitución pensional a sus beneficiarios, y contribuir al desarrollo de l apolítica y los planes generales que en materia de seguridad social adopte el Gobierno Nacional respecto de dicho personal.*

ARTICULO 7o. Normas aplicables para el cumplimiento del objeto*. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, para el cumplimiento de su objeto de reconocer y pagar las asignaciones de retiro al personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que consoliden este derecho y la sustitución pensional a sus beneficiarios,* ***se regirá por lo dispuesto en los respectivos estatutos de carrera y en las demás disposiciones legales que regulan el procedimiento gubernativo.*** (Resaltado no original).

Por lo anterior la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares no puede hacer parte dentro de esta acción, razón suficiente para afirmar que la entidad que represento CARECE DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA CON RELACION AL TIEMPO ANTERIOR al **15º DE JUNIO DE 2011.**

Esto quiere decir que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares es competente para todo lo relativo a reajustes de la asignación de retiro del militar desde el momento que éste adquirió el estatus de militar retirado, pero no lo es para todo lo relativo a reajustes correspondientes a la época en que era militar activo por cuanto salen del rango de competencia de esta entidad.

En ese sentido, si el accionante considera que tiene derecho a reclamar los reajustes de acuerdo a lo pretendido con la demanda, debe solicitarlo a la entidad responsable del pago de su salario en los años en que fue militar activo y no a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares la cual es sólo responsable del reconocimiento y pago de la asignación de retiro del militar desde el momento que él consolida los requisitos para ello, que en este caso es a partir del **15º DE JUNIO DE 2011.**

Teniendo en cuenta a lo anterior, procederé a argumentar la defensa en los siguientes términos:

1. SOBRE LA PRIMA DE ACTUALIZACIÓN.

Sobre el particular, es del caso reiterar que los miembros de las Fuerzas Militares pertenecen a un régimen especial, el que obviamente incluye aspectos prestacionales de estos empleados al servicio de la nación; es así como nos enmarcamos dentro del concepto de asignación de retiro, el cual ha sido objeto de estudio en reiteradas oportunidades en donde se ha considerado que es una *prestación exclusiva de las fuerzas militares y de la policía, que ha sido definida por las fuerzas militares como un reconocimiento o remuneración que se asigna al personal de oficiales, suboficiales y agentes que, sin perder su grado cesan en su obligación de prestar servicio en actividad, sin perjuicio de la posibilidad de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización...*

Esta prestación, pese a tener causas y efectos similares a una pensión de jubilación como quiera que constituyen una protección social de un empleado y una contraprestación por unos servicios prestados, difiere de ella, no solo porque la asignación de retiro realmente es una forma especial de salario que perciben los miembros de las fuerzas militares en retiro, ya que en muchos casos tal retiro no obedece a su voluntad sino a la decisión de la fuerza, además de poder ser llamados o reincorporados nuevamente al servicio en cualquier tiempo, sino por su normatividad y el hecho de presentar la asignación de retiro una serie de características y presupuestos especiales propios de su régimen, que marcan una gran diferencia entre ellas.

En consecuencia, la asignación de retiro de un militar retirado, depende del salario de los militares en actividad por el principio de oscilación consagrado en el artículo 169 del Decreto Ley 1211 de 1990. Este artículo remite expresamente al artículo 158 ibídem el cual establece las partidas base de liquidación de la asignación de retiro de oficiales y suboficiales, así:

> *"Artículo 158: Liquidación prestaciones. Al personal de oficiales y suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estudio, 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 liquidará 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.*
>
> *PARÁGRAFO: Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, será computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales. (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Tal como se indica en el parágrafo, él mismo versa: que " *ninguna de las demás primas, será computable para efectos de asignaciones de retiro*. No es posible por tanto admitir que la prima de actualización pueda hacer parte de la asignación de retiro por cuanto no está contemplada en el artículo 158 del Decreto Ley 1211 de 1990 y en razón a que un decreto ejecutivo no puede derogar un decreto ley, los Decretos Ejecutivos 25 de 1993 (art. 28), 65 de 1994 (art. 28) y 133 de 1995 (art. 29) no contaban con la jerarquía jurídica suficiente para derogar o modificar al Decreto Ley 1211 de 1990 (art. 158).

La única norma que tenía la jerarquía normativa para modificar tales partidas computables era el Decreto Legislativo 335 de 1992, norma que **NO** ha sido ni puede ser objeto de declaración de nulidad por cuanto es un decreto con fuerza de ley, dictado por el presidente de la república en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 215 de la Constitución Política y en desarrollo del Decreto Legislativo 333 de 1992 por el cual se declaró el "Estado de Emergencia Social".

La prima de actualización se consagro como un factor adicional al sueldo básico por la vigencias de 1992 a 1995, siendo incorporado su porcentaje en el sueldo básico de la vigencia inmediatamente siguiente; se tiene entonces, que si la norma contempló un porcentaje de prima de actualización del 25% en la vigencia de 1992, a esa persona se le pagaría su sueldo más ese porcentaje de prima, situación que de manera alguna implica la modificación del sueldo básico de actividad; pensar lo contrario, sería tanto como decir que el reconocimiento de una prima técnica implica la modificación de mi sueldo básico.

Sobre el particular, cabe señalar que la asignación de retiro se constituye en una prestación reconocida por un tiempo prestado de servicio, en desarrollo del régimen especial al cual constitucionalmente pertenece los miembros de las Fuerzas Militares (art. 217 CN); así mismo, es preciso poner de presente que para efectos de liquidación de dicha asignación el legislador ha regulado tal aspecto y es así que encontramos expresamente la forma de liquidarla en el artículo 158 del decreto Ley 1211 de 1990 ya citado.

Nótese cómo la base prestacional es el sueldo básico de un activo, a partir del cual se realiza el reajuste de las asignaciones de retiro por principio de oscilación, figura consistente en un aumento en las mismas proporciones que el activo (Art. 169 del decreto ley 1211 de 1990, 42 del decreto 4433 de 2004)

> *"ARTICULO 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"

*"**ARTICULO 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".

Al sueldo básico se le aplica cada uno de los porcentajes por concepto de primas que fueron reconocidas para efectos de asignación de retiro, dentro de los cuales y con las limitaciones de tiempo se encuentra la prima de actualización, de donde podemos afirmar que el sueldo básico es uno y la prima de actualización es otro, que no implico el aumento de dicho sueldo.

Se tiene entonces que la prima de actualización del 25% del año 92 fue incorporada en el sueldo básico fijado por el gobierno en el año de 1993, presentando un aumento adicional aun respecto del porcentaje de prima de actualización y así sucesivamente.

COMPORTAMIENTO PRIMA DE ACTUALIZACION Y SUELDOS BASICOS

AÑOS	1991	1992	1993	1994	1995	1996
DECRETOS	D.145	D.335	D.25	D.65	D.113	D.107
INCREMENTO OSCILACION SUELDOS BÁSICOS	25.53%	33.02%	36.33%	59.22%	35.29%	29.12%
% PRIMA DE ACTUALIZACION	0	0	25%	25%	11%	5.5%
% ADICIONAL GOBIERNO			11.33%	34.22%	24.29%	23.7%

De otro lado, es preciso aclarar que la prima de actualización tuvo un carácter absolutamente temporal desapareciendo en el mismo momento en que se alcanzo la nivelación salarial, es decir, cuando se incorporo al sueldo básico el último de los porcentajes de prima de actualización contenido en el decreto 133 de 1995 y se alcanzo la escala gradual porcentual con el decreto 107 de 1996, el cual adicionalmente deroga expresamente el mentado decreto 133 de 1995, ratificando con ello el desaparecimiento de la prima de actualización.

Si se continuase realizando el pago de la Prima de Actualización a partir del 01 de Enero de 1996 sin estar contemplado en ninguna norma y además fijándole un porcentaje que tampoco está contemplado para las vigencias posteriores a 1995, se podría incurrir en la figura del prevaricato, Con el Decreto No. 107 de Enero 15 de 1996 se consolidó la Escala Gradual Porcentual por la cual se fijan los nuevos sueldos básicos para el personal de la Fuerza Pública y por no existir norma expresa que establezca el reconocimiento y pago de la prima de actualización **con posterioridad al 31 de Diciembre de 1995 no hay lugar a su liquidación.**

Finalmente, es pertinente destacar CUATRO aspectos fundamentales, a saber:

1. **TEMPORALIDAD DE LA PRIMA DE ACTUALIZACIÓN**

57
4

La prima de actualización fue establecida con **carácter temporal,** durante los años 1992 a 1995, con la finalidad de nivelar los sueldos básicos de los miembros de las Fuerzas Militares hasta **consolidar la escala gradual porcentual única** estatuida en la Ley 4ª de 1992.

En desarrollo de lo anterior y a través de decretos reglamentarios, durante las vigencias fiscales de 1992 a 1995, se establecieron porcentajes para cada grado, aplicables en la respectiva vigencia, hasta consolidar la escala única gradual porcentual de las fuerzas militares, la cual efectivamente se alcanzó con la expedición del Decreto 107 de 1996, tal y como se infiere de su artículo 1º el cual reza:

> *"De conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4° de 1992, **fíjase la siguiente escala gradual porcentual para el personal de oficiales, suboficiales**, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública "(Subrayado y negrilla fuera de texto)*

El pago de las **asignaciones de retiro** a partir del 1º. de enero de 1996 se hizo con fundamento en el SUELDO BASICO fijado por el Gobierno Nacional mediante Decreto 107 de 1996, a través del cual se logró la nivelación de la escala salarial porcentual, entendiéndose que para el año de 1993 el incremento del **SUELDO BASICO,** para el personal militar en actividad incorporó los valores pagados por concepto de la prima de actualización que tuvo vigencia temporal en el año de 1992, de la misma forma para el año de 1994, el incremento del **SUELDO BASICO** reflejó la existencia de la prima de actualización que tuvo vigencia temporal para el año de 1993, y así sucesivamente hasta alcanzar en 1996 la nivelación salarial con la escala gradual porcentual única para las fuerzas militares; de manera que a partir de ese año con la expedición del Decreto 107 ***los aumentos de ley para la liquidación de las asignaciones de retiro incorporaron en el SUELDO BASICO del personal en actividad todos los incrementos que por prima de actualización recibieron entre 1992 a 1995***. Tanto la nivelación salarial como el reajuste produjeron efectos fiscales desde el 1º de enero de 1992 hasta 1995.

Es del caso informar al Despacho que la Sala Plena del Consejo de Estado ha proferido fallos en segunda instancia y dentro de Recursos Extraordinarios de Súplica con los cuales ha fijado un criterio jurisprudencial sobre la no procedencia del Reajuste de la Asignación de Retiro por concepto de Prima de Actualización a saber:

Sentencia de fecha 3 de diciembre de 2002, proferida dentro del Expediente No. S-764, Recurso Extraordinario de Súplica, Actor: Eliserio Barragán Ortiz, en los siguientes términos:

> *"En orden a la segunda acusación, encaminada a que se deje sin efectos la sentencia en cuanto confirmó la denegación de la prima de actualización a partir del 1° de enero de 1996, **la Sala considera que esta prima fue creada con carácter temporal, pues en los artículos 28 de los decretos 35 de 1993 y 65 de 1994 y en el artículo 29 del Decreto 133 de 1995 se dispuso que la prima tendría efecto hasta cuando se consolidase la escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado, lo que efectivamente se logró con el Decreto 107 de 1996,** que fijó la escala gradual porcentual para los sueldos básicos del personal de oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública con respecto al grado de General (artículo 1°), con efecto a partir del 1 de enero de 1996, y derogó expresamente el Decreto 133 de 1995, último de los que establecieron la Prima de Actualización (artículo 39). (Negrilla y subrayado fuera de texto)*
> *Acertó, entonces, **la Subsección sentenciadora al denegar la prima de actualización para los meses posteriores a diciembre de 1995**. (...)".(Negrilla y subrayado fuera de texto)"*

En la Sentencia de fecha 19 de Julio de 2006 del H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección "A" Subsección B, C.P. Dr. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE, que señaló:

> *"... Finalmente, la prima de actualización sólo fue reconocida hasta el 31 de diciembre de 1995, es decir, tuvo el **carácter transitorio.** (Negrilla fuera de texto)*
> *..De otra parte, a partir de la fijación de la escala salarial porcentual por el Decreto 107 de 1996 , los valores reconocidos como prima de actualización fueron incorporados a la asignación señalada para ese año y, en virtud del principio de oscilación, aplicados a las asignaciones de retiro o pensiones de los retirados , por ello se aclarará la sentencia en este sentido, **pues no es***

necesario revisar los reajustes de la ley a partir del año 1996 dado que, se insiste, los valores reconocidos como prima ya fueron incorporados a la asignación recibida. *(Subrayado y negrillas fuera de texto.)"*

Sentencia de fecha 1 de febrero de 2007, de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A, en, Consejero Ponente Dr. ALBERTO ARANGO MANTILLA, dentro del proceso promovido por LUIS GONZALO MOLINA LOPEZ, determinó que:

"En cuanto a la reliquidación de la asignación de retiro, en sentencia proferida por esta Sala, el 11 de octubre del 2001 en proceso No. 25-2325-99-3548-01 (1351) se señaló que la prima de actualización se creó de manera temporal, para los años 1992, 1993, 1994 y 1995,y que en tal virtud ,su reconocimiento no puede extenderse para los años subsiguientes a 1996. "

Así las cosas es claro que la Prima de Actualización fue creada con **carácter temporal y no puede extenderse más allá del término de su vigencia**, o sea, el 31 de diciembre de 1995.

Así las cosas, es claro que la Prima de Actualización fue creada con **carácter temporal y no puede extenderse más allá del término de su vigencia**, o sea, el 31 de diciembre de 1995; por lo que no es posible ordenar su reconocimiento en el presente caso, por cuanto, se reitera, el accionante no ostentaba la calidad de militar en retiro reconocida por la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, sino que disfrutaba de sueldo de actividad reconocido por el Ministerio de Defensa Nacional, toda vez que el reconocimiento de asignación de retiro se efectuó **a partir del 15º de junio DE 2011,** mediante **Resolución Nº 3079 del 22 de junio de 2011.**

2. TAXATIVIDAD DE LA NORMA

Por otra parte, sumada a la temporalidad anotada, existe un aspecto que **impide** la incorporación de la Prima de Actualización como partida computable dentro de la asignación de Retiro y más aún, que **impide considerarla como factor salarial** para el cómputo de las otras partidas dentro de la asignación de retiro, y es la **taxatividad** contemplada en el Decreto Ley 1211 de 1990, vigente al momento de los hechos el cual establece en su artículo 158 las partidas base de liquidación de la asignación de retiro de oficiales y suboficiales, dentro de las cuales no incluye la prima de actualización, y tampoco permite su inclusión de acuerdo con lo establecido en el parágrafo del mencionado artículo que señala:

"Artículo 158: Liquidación prestaciones. (...)

*PARÁGRAFO: **Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas**, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, **será computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro**, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales. (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Por lo anterior, no es posible admitir que la prima de actualización pueda hacer parte permanente de la asignación de retiro por cuanto no está contemplada en el artículo 158 del Decreto Ley 1211 de 1990

Dicha situación actualmente se encuentra regulada en igual termino en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, que fijó el régimen de las asignaciones de retiro.

En consecuencia, es evidente que la Prima de Actualización **no constituye una de las partidas computables para efectos la asignación de retiro, por expresa prohibición legal**; aunado al hecho que dicha prima fue creada con una **finalidad temporal y específica** consistente en Nivelar los salarios y de forma subsiguiente, las asignaciones de retiro, hasta cuando fuera consolidada la Escala Gradual Porcentual, lograda con la expedición del Decreto 107 de 1996.

58
4

3. INEXISTENCIA DE NORMA JURÍDICA QUE SUSTENTE LA RELIQUIDACIÒN DE LA ASIGNACION DE RETIRO CON BASE EN LA PRIMA DE ACTUALIZACION

De lo manifestado hasta ahora, podemos concluir que la prima de actualización, tuvo una vigencia temporal llevando consigo una condición resolutoria al manifestar que su vigencia sería hasta el momento de alcanzar la escala gradual porcentual única para los miembros de las Fuerzas Militares, lo cual se logró con el Decreto 107 de 1996, por lo tanto a partir de 1996 desapareció del ordenamiento la prima de Actualización.

Esto quiere decir que a partir de 1996 no existe norma que establezca la prima de actualización, no existe norma para liquidar la prima de actualización, y mucho menos existe norma que establezca porcentaje alguno de liquidación, de tal suerte que no se explica cómo el perito procede a liquidar la prima de actualización con posterioridad al 31 de diciembre de 1995, careciendo por supuesto de fundamento legal.

Sobre el particular, se debe llamar la atención en el hecho de que el perito en su liquidación toma un factor fijo y permanente para aplicar la prima de actualización para cada año posterior al de 1996, careciendo de total soporte legal, en la medida en que no existe norma que consagre la prima por los años subsiguientes al de 1995.

No se puede pasar por alto que **constitucionalmente los sueldos básicos de los miembros de las Fuerzas Militares, son fijados por el Gobierno Nacional a través de Decreto Ejecutivo**; mismos sueldos que sirven de **base para liquidar las asignaciones de retiro** en virtud del principio de oscilación establecido en la Ley 923 de 2004 y su reglamentario el decreto 4433 de 2004; así mismo las disposiciones citadas se encargan de establecer en forma clara y expresa los factores computables que se toman para efecto de liquidar la asignación de retiro, tal como lo señala el parágrafo de los artículo 158 del Decreto Ley 1211 de 1990 y parágrafo del artículo 13 de 2004, dentro de los cuales no se encuentra consagrada la prima de actualización, estableciendo lo siguiente: ***PARAGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, será computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales***.

De las premisas anteriores se infiere que en la medida en que se pretenda establecer un porcentaje adicional al sueldo básico de actividad, se estaría usurpando las funciones que constitucionalmente le corresponden al Gobierno Nacional y con ello por supuesto yendo en contravía a preceptos constitucionales.
Al respecto cabe traer a colación la prohibición establecida tanto en la ley 4° de 1992 o Ley Marco, e igualmente en el Decreto 107 de 1996, cuyos apartes se transcriben para mayor ilustración:

> *"**Ley 4 de 1992**. 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 y 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, literales e) y f) de la Constitución Política.*
>
> ***ARTÍCULO 10.** 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." (Subrayado fuera de texto)*
>
> ***"Decreto 107 de 1996 (...) ARTÍCULO 38**. 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." (Subrayado fuera de texto)*

Esta última prohibición está contemplada en cada uno de los Decretos de fijación de sueldos expedidos para las vigencias de 1996 hasta la fecha.

4. CONSTITUCIONALIDAD DEL DECRETO 335 DE 1992

Al respecto el H. Consejo de Estado, Sala Plena en sentencia de 3 de diciembre de 2002 al resolver el Recurso Extraordinario de Súplica interpuesto por el señor HERNANDO FORERO PARRA, referencia, expediente S-773, Consejero Ponente, Dr. REINALDO CHAVARRO BURITICA, se pronunció acerca de la vigencia de la prestación aquí demandada, indicando lo siguiente:

> *"No obstante, sobre la vigencia de la prestación demandada la Sala observa lo siguiente:*
>
> *La prima de actualización fue creada por el Decreto 335 de 24 de febrero de 1992 artículo 15 En el artículo 22 de este decreto se dispuso que tendría efectos fiscales a partir del 1 de enero de 1992. Y debe tenerse en cuenta que fue expedido el 24 de febrero de 1992, es decir, antes de la promulgación de la Ley 4ª de 18 de mayo del mismo año.*
>
> *El Decreto 335 de 1992 fue declarado exequible por la Corte Constitucional, que en la sentencia de revisión2, se pronunció así:*
>
> *"...será declarado exequible por no violar el artículo 215 de la Constitución Nacional, ni ningún otro canon constitucional, además de que no desmejora los derechos sociales de los trabajadores."*

Mediante la Ley 4ª de 1992 se señalaron "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 y 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, literales e) y f) de la Constitución Política. En los artículos 10º y 13 de esta ley se dispuso lo siguiente:

> *"Artículo 10.- 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.*
> *Artículo 13.- En desarrollo de la presente Ley el Gobierno Nacional establecerá una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 2º.*
> *Parágrafo. La nivelación de que trata el presente artículo debe producirse en las vigencias fiscales de 1993 a 1996."*
>
> *El Decreto Legislativo 335 de 1992 fue expresamente derogado (salvo sus artículos 18, 19 y 20)3 por el artículo 35 del Decreto 25 de 1993; éste lo fue por el Decreto 65 de 1994, que, a su vez, fue derogado por el Decreto 133 de 1995, conforme a reconocida competencia constitucional del Gobierno4 y en cada uno de ellos se ratificó la prima de actualización durante sus respectivas vigencias.*
>
> *Pues bien, el decreto 335 de 1992 estableció que la prima de actualización sólo podría computarse en las asignaciones de retiro de quienes la hubiesen devengado en servicio activo y el mismo fue declarado exequible por la Corte Constitucional.*
>
> *A su vez, según el parágrafo del artículo décimo tercero de la Ley 4 de 1992, la nivelación de que trata debe producirse en las vigencias fiscales de 1992 a 1996 y desarrollo de ésta fueron los decretos que se expidieron sucesivamente para los años 1993, 1994 y 1995 en los cuales se ratificó la vigencia de la prima de actualización.* ***Estas razones son suficientes para no dar prosperidad a la pretensión de reconocimiento de la prima de actualización a partir del 1 de enero de 1992".*** **(Negrilla fuera de texto).**

Con fundamento en el anterior criterio jurisprudencial el reconocimiento y pago de la prima de actualización no operaría para el año 1992.

2. SOBRE LA BONIFICACIÓN POR COMPENSACIÓN

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 3º de nuestra Carta Magna.

En desarrollo de los preceptos constitucionales antes citados, 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 modificado en algunos apartes por el Decreto Ley 1790 de 2000, encontrándose en la actualidad vigente el Decreto 4433 de 2004 normas estas de carácter especial que priman sobre las generales.

Con fundamento en lo anterior, y previo el cumplimiento de las formalidades legales, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, reconoció Asignación de Retiro al Capitán de Corbeta (RA) de la Armada Nacional **RODOLFO ARIEL CASTRO PEREZ**, mediante **Resolución No. 3079 del 15 de junio de 2011.**

El Señor **RODOLFO ARIEL CASTRO PEREZ**, solicitó ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, el reconocimiento de la bonificación por compensación y por lo tanto, se le reajustara con carácter permanente su salario básico como parte integrante de su asignación de retiro.

En razón a lo anterior, esta Entidad resolvió en forma negativa la petición del actor teniendo en cuenta que la bonificación por compensación a que se refiere, fue cancelada por la Caja en el mes de enero de 1998, el periodo comprendido entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 1997, a partir de esta fecha dicha bonificación fue incorporada en su sueldo básico de asignación de retiro, lo anterior teniendo en cuenta las siguientes disposiciones:

El Decreto 2072 del 21 de agosto de 1997, dispone:

> *"Artículo 1° Créase para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, para los Oficiales, Suboficiales, Agentes y Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y para los Empleados Públicos del Ministerio de Defensa Nacional y de la Policía a que se refiere el Decreto 122 de 1997, una Bonificación por Compensación, con carácter permanente, la cual constituirá factor salarial para efectos de determinar las primas de navidad, vacaciones y servicios ; auxilio de cesantía, asignación de retiro, pensiones de jubilación, vejez, invalidez y sobrevivientes.*
>
> *Parágrafo. (...)*
>
> ***Artículo 4° La Bonificación por Compensación se pagará mensualmente y tendrá efectos fiscales a partir del 01 de enero de 1997."***

Por su parte la Ley 420 del 05 de enero de 1998, en su artículo 1° determinó:

> *"Adiciónense los artículos 158, 140, y 100 de los Decretos Leyes 1211, 1212 y 1213 de 1990 respectivamente y el artículo 49 del Decreto 1091 de 1995, en el sentido de incluir como partida computable para liquidar las prestaciones sociales periódicas del personal de Oficiales, Suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y Agentes de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional retirados con asignación de retiro o pensión y sus beneficiarios, que tuvieren tal condición, el 31 de diciembre de 1996, la bonificación por compensación que reconozca al personal de la Fuerza Pública en servicio activo.*
>
> *Parágrafo. Si la **bonificación a que se refiere el presente artículo se incorpora al sueldo básico del personal de la fuerza pública en servicio activo, tendrá el mismo comportamiento en la liquidación de las asignaciones de retiro** y pensiones militares y policiales **y por tanto desaparecerá como bonificación**.(negrilla fuera de texto)*

Artículo 2°. La presente Ley rige a partir de la fecha de su promulgación y produce efectos fiscales a partir del 01 de enero de 1997."

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, dando aplicación a la normatividad antes transcrita y teniendo en cuenta que tanto el Decreto 2072, como la ley 420 de 1997 produjeron efectos fiscales a partir del 1 de enero de 1997, (EPOCA PARA LA CUAL EL DEMANDANTE SE ENCONTRABA EN SERVICIO ACTIVO) canceló a los a sus afiliados y/o beneficiarias el valor correspondiente a la bonificación por compensación de que tratan las citadas normas en el periodo comprendido entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 1997 dicho pago se realizó con la mesada del mes de enero de 1998, y posteriormente le incorporó la bonificación por compensación en el sueldo básico de su asignación de retiro, de conformidad al Decreto 58 de 1998 el cual dispuso:

"Artículo 39. En las asignaciones básicas mensuales fijadas en el presente decreto queda incorporada la bonificación por compensación establecida mediante decreto 2072 de agosto de 1997*.(Negrilla fuera de texto)*

Artículo 40. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial los Decretos 122, 2324 y 2072 de 1997, y surte efectos a partir del 01 de enero de 1998."

De lo anterior se desprende que la bonificación a que se refiere el demandante ya viene incorporada al sueldo básico de su asignación de retiro desde 1998, teniendo en cuenta que en el Decreto 58 del 10 de enero del mismo año se fijaron los sueldos básicos para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y en el mismo quedó incluida la bonificación en las asignaciones básicas mensuales, por lo que no deben prosperar las suplicas de la demanda ya que sería hacer incurrir a la Entidad en un doble pago prohibido por la Constitución Nacional (Artículo 28).

Al respecto, es preciso señalar que el decreto 2072, estableció las formulas de liquidación de la bonificación por nivel de ingresos, así:

Rangos salariales	Vr. Referencia	Vr. Descontar	Vr a aplicar
Menos de 2 salarios mínimos	20%	18%	2%
Entre 2 y hasta 3 salarios mínimos	18%	14%	4%
Entre 3 y hasta 4 salarios mínimos	18%	10%	8%
más de 4 y hasta 8 salarios mínimos	16%	8%	8%
Más de 8 salarios mínimos	14%	8%	6%

Fue así, que absolutamente en todos los casos se aplicó el porcentaje establecido en el decreto 2072, según el nivel de ingresos, por ejemplo para los militares cuyos ingresos son menores a 2 salarios mínimos el porcentaje se obtuvo restando el 20% - 18%= 2; y para determinar si la bonificación por compensación efectivamente fue incorporada en las asignaciones para el año de 1998, se aplica el porcentaje de la operación anterior al salario base de 1996 y se le suma al de 1997 y el resultado es el que se utiliza como salario inicial para determinar el salario de 1998, para mayor ilustración se anexa cuadro explicativo por grados, en el cual se indican los sueldos básicos de 1996 a 1998 y los porcentajes reconocidos con la inclusión de la bonificación por compensación.

Se tiene entonces, que la Caja dio cumplimiento a lo establecido en el Decreto 2072 de 1997 y a la Ley 420 de 1998 en el sentido de reconocer la bonificación por compensación que fue creada en las citadas normas pagando al demandante en el mes de enero de 1998 el periodo correspondiente entre el 1 de enero de 1997 hasta el 31 de diciembre del mismo año, e incorporando la bonificación en el sueldo básico de la asignación de retiro del demandante dando aplicación al artículo 39 del decreto 58 del 10 de enero de 1998.

Se concluye entonces, que si el actor presenta alguna inconformidad frente a los Decretos que fijan los sueldos básicos para el personal de la Fuerzas Militares, por ejemplo el Decreto Ley 58 del 10 de enero de 1998 debe demandar el mismo y no pretender que la Caja asuma una carga prestacional que no le corresponde, por cuanto la Caja de Retiro de las FF.MM. actúa conforme a derecho aplicando la normatividad vigente para cada época.

PRONUNCIAMIENTOS DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SOBRE EL TEMA.

En casos similares al presente se ha pronunciado en reiteradas oportunidades **el H. Consejo de Estado**, por ejemplo el **Dr. JAIME MORENO GARCIA**, en fallo de fecha 27 de julio de 2006, al negar las suplicas de la demanda dentro del proceso promovido por el Señor **ARIEL GUILLERMO VALDES GIL**, al señalar:

> *"Ahora bien, la bonificación por compensación para el personal de las fuerzas militares fue creada por el artículo 1º del decreto 2072 de 1997, pero posteriormente, el parágrafo del artículo 1º de la ley 420 de 1998 previó que si la bonificación se incorporaba al sueldo básico del personal en actividad, tendrá el mismo comportamiento en la liquidación de retiro y pensiones militares y policiales "y por tanto desaparecerá como bonificación,"*
>
> *Y efectivamente el artículo 39 del decreto 58 de 1998, incorporó la bonificación por compensación en las asignaciones básicas mensuales, lo cual hizo que desapareciera como bonificación y quedara como parte integrante de la asignación básica.*
>
> *Por consiguiente, si el actor pretendía que a partir del 1º de enero de 1998, en que desapareció la bonificación por compensación, se le reconociera y pagara como si ello no hubiera ocurrido, había tenido que lograr la inexequibilidad del parágrafo del artículo 1 de la ley 420 de 1998 y la nulidad del artículo 39 del decreto 58 de 1998, para que recobrara vigencia el artículo 1º del decreto 2072 que la había creado, lo cual no se demostró que hubiera sucedido.*
>
> *En las condiciones anteriores, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar y por ello la Sala confirmará la sentencia apelada"*

En igual sentido el H. Consejo de Estado, en fallo de fecha 27 de julio de 2006, dentro del proceso promovido por el señor ROGELIO ENRIQUE FLOREZ ALARCÓN, estableció:

> "... Por consiguiente, si el actor pretendía que a partir del 1º de enero de 1998, en que desapareció la bonificación por compensación, se le reconociera y pagara como si ello no hubiera ocurrido, había que tenido que lograr la inexequebililidad del parágrafo del artículo 1º de la ley 420 de 1998 y la nulidad del artículo 39 del decreto 58 de 1998, para que recobrara vigencia el artículo 1º del decreto 2072 que la había creado, lo cual no se mostró que hubiere sucedido."

3. SOBRE EL IPC

A partir del año 2005, los reajustes de asignación de retiro se realizan con fundamento en el principio de oscilación, así lo dispuso la Ley 923 de 2004, reglamentada por el Decreto 4433 de 2004, al derogar todas las disposiciones que le fueran contrarias; al respecto dice el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004:

> ***"ARTICULO 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." (El destacado me pertenece).

Ahora bien, el demandante solicita reajuste **de su asignación de retiro por concepto de IPC,** sobre el particular, se hace imperioso indicar que desde el año 2005 a la fecha, el principio de oscilación por medio del cual se reajustan las Asignaciones de Retiro ha sido igual o superior al Índice de Precios al Consumidor (IPC), en tal sentido no hay lugar a reajuste alguno.

En conclusión, no le asiste ningún derecho al demandante por ende, no puede solicitar el reajuste de su asignación de retiro.

4. RESPECTO AL REAJUSTE RESPECTO DEL GRADO DE GENERAL.

El señor **RODOLFO ARIEL CASTRO PEREZ** solicita el reajuste de su asignación de retiro en aplicación de los incrementos que con base en el IPC fueron realizados a las Asignaciones de Retiro de algunos Generales de la República en cumplimiento de fallos judiciales que variaron el valor del sueldo básico, con la aplicación de dicho reajuste, lo cual de acuerdo con el planteamiento del demandante, implicó la modificación de la Escala Gradual Porcentual de las Fuerzas Militares en actividad y en retiro, por efecto del principio de oscilación previsto en el régimen especial aplicable a este sector.

Como primera medida se debe aclarar que los fallos judiciales mediante los cuales se ordenó el reajuste con base en el IPC, de la Asignación de Retiro de algunos Generales de la República, surten efectos *inter partes* y se aplican de acuerdo a lo ordenado por el fallador en cada caso en específico, existiendo variaciones en el sentido de cada fallo respecto al uno del otro, por lo tanto no se puede alegar que existe un porcentaje unificado o estándar de reajuste, como lo pretende hacer ver el demandante. Igualmente, no es procedente pretender que se hagan extensivos al demandante derechos que fueron reconocidos judicialmente en forma *inter partes*, intentando darle alcance *erga omnes* a sentencias que se refieren a circunstancias de hecho y de derecho particulares y específicas.

Como segunda medida, es importante resaltar que la pretensión del accionante implica modificar la Escala Gradual Porcentual con base en la cual el Gobierno Nacional fija anualmente los sueldos básicos del personal de las Fuerzas Militares en actividad, escala que también es aplicable a los militares en retiro, por efectos del *Principio de Oscilación*.

I. EI REAJUSTE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO CONFORME AL PINCIPIO DE OSCILACIÓN.

Al respecto es preciso indicar la forma en la cual se reajustan las Asignaciones de Retiro de los miembros de las Fuerzas Militares, para tal efecto se toma como referencia el **SUELDO BÁSICO DEL PERSONAL EN ACTIVIDAD**, fijado anualmente mediante Decreto expedido por el Gobierno Nacional, SUELDO BÁSICO sobre el cual se liquidan las demás partidas computables que conforman la Asignación de Retiro, según lo ordenan los Decretos que reglamentan el Régimen Especial de las Fuerzas Militares, así toda variación que sea hecha sobre el **SUELDO BÁSICO DEL PERSONAL EN ACTIVIDAD** también es hecha sobre la Asignación Básica de las Asignaciones de Retiro; tal es la forma como opera el *Principio De Oscilación* con el propósito de que la Asignación de Retiro no pierda su poder adquisitivo.

Así, es de aclarar que mediante Decreto Ejecutivo el Gobierno Nacional fija anualmente los incrementos a los sueldos básicos del personal en actividad, reajustando con ello las Asignaciones de Retiro, actuación que se ajusta al ordenamiento jurídico de acuerdo con lo establecido por los diversos Decretos que han reglamentado el Régimen Especial de

61

las Fuerzas Militares, entre los que vale la pena mencionar:

a) El artículo 161 del Decreto Ley 89 de 1984 que dice:

"Artículo 161. Oscilación de asignación de retiro y pensión. 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". (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

b) El artículo 169 del Decreto Ley 1211 de 1990 que dispone:

"Artículo 169. Oscilación de asignación de retiro y pensión. 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". (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

c) El artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, el cual está redactado así:

"Artículo 42. Oscilación de asignación de retiro y pensión. 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. 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".*** *(Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Por consiguiente, para el reajuste de las Asignaciones de Retiro en el Régimen Especial de las Fuerzas Militares se aplica únicamente el *Principio de Oscilación,* conforme lo dispone la normatividad anteriormente citada. Por lo tanto, utilizar mecanismos, fórmulas o sistemas de liquidación diferentes, equivaldría a aplicar un sistema prestacional distinto al establecido para el Régimen Especial de la Fuerza Pública.

En consecuencia se encuentra que es el *Principio de Oscilación* el ***únicamente aplicable con el fin de reajustar las Asignaciones de Retiro de los miembros en retiro de la Fuerza Pública, con el objetivo mantener el poder adquisitivo de la asignación de retiro, y preservar el derecho a la IGUALDAD entre militares en actividad y en retiro***; por lo que su desconocimiento provocaría una descompensación injusta e ilegal en contra del personal activo, cuyos salarios son reajustados anualmente por el Gobierno Nacional.

Por lo tanto, el reajuste de las Asignaciones de Retiro de los militares obedece al cumplimiento de las normas POSTERIORES A SU RECONOCIMIENTO; por lo tanto, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES ha reajustado la Asignación de Retiro del actor, en virtud al *Principio de Oscilación* consagrado por los diferentes Estatutos que han regulado y actualmente regulan el Régimen Especial de las Fuerzas Militares, y de conformidad con los Decretos de aumento de salarios expedidos por el Gobierno Nacional, dentro de los cuales encontramos los siguientes:

- Decreto 25 del 7 de enero de 1993
- Decreto 65 del 10 de enero de 1994
- Decreto 133 del 13 de enero de 1995
- Decreto 107 del 15 de enero de 1996
- Decreto 122 del 16 de enero de 1997
- Decreto 58 del 10 de enero de 1998
- Decreto 62 del 8 de enero de 1999
- Decreto 2724 del 27 de diciembre de 2000
- Decreto 2737 del 17 de diciembre de 2001
- Decreto 745 del 17 de abril de 2002
- Decreto 3552 del 10 de diciembre de 2003
- Decreto 4158 del 10 de diciembre de 2004
- Decreto 923 del 05 de marzo de 2005
- Decreto 407 del 08 de febrero de 2006
- Decreto 1515 del 05 de mayo de 2007
- Decreto 673 del 04 de marzo de 2008
- Decreto 737 del 06 de marzo de 2009
- Decreto 1530 del 03 de mayo de 2010

Por consiguiente, se colige que de acuerdo a lo establecido en el Régimen Especial de las Fuerzas Militares, consagrado por el Artículo 217 de la Constitución, existe un sistema de reajuste de las Asignaciones de Retiro de las Fuerzas Militares, denominado *Principio de Oscilación*, el cual está supeditado al reajuste realizado a los sueldos básicos de los miembros activos, no resultando aplicable el reajuste de pensiones establecido para el régimen general de pensiones ni cualquier otro reajuste que no haya sido ordenado mediante Decreto expedido por el Gobierno Nacional.

II. LA ESCALA GRADUAL PORCENTUAL DE LAS FUERZAS MILITARES

En virtud de lo Ordenado por el Artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, con el fin de consolidar la Escala Gradual Porcentual de las Fuerzas Militares, durante las vigencias fiscales de 1992 a 1995, se establecieron los porcentajes de reajuste para cada grado, aplicables en la respectiva vigencia, hasta consolidar la Escala Única Gradual Porcentual de las Fuerzas Militares, la cual efectivamente se alcanzó con la expedición del Decreto 107 de 1996, tal y como se infiere de su artículo 1º el cual reza:

> *"De conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4° de 1992,* ***fíjase la siguiente escala gradual porcentual para el personal de oficiales, suboficiales****, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública" (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

Por lo tanto con la Escala Gradual Porcentual (Decreto 107 de 1996), se fijaron los sueldos básicos para los miembros en servicio activo de las Fuerzas Militares y por consiguiente, en aplicación del Principio de Oscilación, los salarios base de liquidación de las Asignaciones de Retiro de las Fuerzas Militares, es decir que hoy en día un militar en servicio activo y un militar en retiro con el mismo grado, reciben el mismo sueldo básico, en aplicación de la nivelación salarial ordenada por la Ley 4ª de 1992 y con base en la Escala Gradual Porcentual aplicable a partir del 1° de enero de 1996.

Se tiene entonces que la Escala Gradual Porcentual de las Fuerzas Militares fue establecida mediante Decretos Ejecutivos (Actos Administrativos de Carácter General) expedidos por la Presidencia de la República, en uso de sus facultades constitucionales y legales, y es con base en los parámetros fijados por estas normas que se liquidan las Asignaciones de Retiro de las Fuerzas militares y sus reajustes año por año, más no con base en el reajuste o reliquidación ordenado por sentencia judicial y realizado mediante Resolución (Acto Administrativo de Carácter Particular) a la Asignación de Retiro de un Militar en particular; Por cuanto no es la

Asignación en Retiro de un General en Específico la que se usa para fijar la Escala Gradual Porcentual, sino que se utiliza es el parámetro fijado por el Decreto 107 de 1996 el cual estableció la Escala Gradual Porcentual de las Fuerzas Militares.

III. NO ALTERACIÓN DE LA ESCALA GRADUAL PORCENTUAL EN VIRTUD DE SENTENCIAS INTERPARTES

El Decreto 107 de 1996 (por medio del cual se estableció la Escala Gradual Porcentual) y los Decretos de aumento dictados año por año son actos que jurídicamente deben ser considerados Actos Administrativos de Carácter General, por cuanto los supuestos normativos que en ellos aparecen enunciados, lo están de forma objetiva y abstracta y son destinados a una pluralidad indeterminada de personas; Es decir que los efectos de estos Decretos son *erga omnes* por cuanto se encuentran destinados a todas aquellas personas que se encuentran comprendidas dentro de los parámetros por ellos fijados.

Las sentencias en las que se fundamentan las pretensiones del Demandante, son sentencias proferidas en el marco de demandas de Nulidad y Restablecimiento del Derecho que fueron iniciadas en contra de Resoluciones y oficios emitidos por las Entidades Demandadas en Cada caso en concreto, actos que desde el punto de vista jurídico son Actos Administrativos de Carácter Particular, por cuanto su contenido hace referencia a situaciones jurídicas particulares y concretas, v. gr. Son respuestas a peticiones individuales y específicas de los demandantes dentro de cada proceso, y por lo tanto sus efectos son meramente *inter partes,* al estar circunscritos únicamente a los actos administrativos que dieron origen a la demanda y tener efectos únicamente respecto de las situaciones fácticas de cada demandante en particular.

En el presente caso el actor pretende que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares inaplique las disposiciones legales que contemplan el sistema de reajuste de las Asignaciones de Retiro, dentro del cual está contemplada la Escala Gradual Porcentual, bajo el argumento que existen varias prestaciones de militares en retiro a quienes se les incrementó la base salarial en virtud de una sentencia judicial, desconociendo que dichos fallos tienen efectos *inter partes* y por lo tanto los reconocimientos de derechos hechos en cada fallo solamente tienen efectos frente a los demandantes en cada caso concreto, y en consecuencia no afectan la legalidad de los Decretos que establecen la mencionada Escala, ni los que fijan los aumentos salariales de las Fuerzas Militares.

Se precisa entonces que en lo que se refiere a las sentencias invocadas por el Demandante, dichos Generales de la República, al acogerse al *Sistema de Reajuste del Régimen General de Pensiones IPC*, se apartaron del *Régimen Especial de las Fuerzas Militares* y en consecuencia del *Principio de Oscilación*, que se encuentra directamente relacionado con la Escala Gradual Porcentual, es decir que los Generales mencionados en la demanda, al obtener el reajuste de sus Asignaciones de Retiro con base en el IPC, se aislaron de la Escala Gradual Porcentual, constituyéndose así en un reajuste individual realizado sobre la base prestacional de la asignación reconocida a cada General en específico.

Con fundamento en lo anterior y teniendo en cuenta que los sueldos básicos son fijados por el Gobierno Nacional mediante Decreto, y que la Escala Gradual Porcentual también se encuentra fijada por Decreto y que estos decretos que no son atacados en la presente acción, por lo que se encuentran amparados por la presunción de legalidad, y que esta Caja carece de competencia para modificar dichos Decretos, comedidamente solicito al despacho desestimar las súplicas de la demanda, pero adicionalmente y en gracia de discusión, si así lo fuere, debe llamarse la atención ante el hecho que la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho no es la acción llamada a impetrarse con el fin de atacar actos *erga omnes* como son los decretos de fijación de sueldos.

IV. APLICACIÓN DE LA LEY 1395 DE 2010

Solicita el actor en la demanda que en aplicación del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial, se debe tener en cuenta el precedente judicial, para lo cual en la demanda invoca sentencias en las cuales, tanto CREMIL como CASUR, ha sido condenadas a reajustar Asignaciones de Retiro con base en el IPC, de acuerdo a lo establecido en la Ley 238 de 1995, pero nunca a la modificación de la Escala

Gradual Porcentual, lo que conduce a pensar que, de parte del demandante, hay una confusión sobre el tema respecto a la Escala Gradual Porcentual, que es lo pretendido en la presente demanda, con el Reajuste de las Asignaciones de Retiro con base en el IPC.

Con fundamento en lo anterior, comedidamente solicito al despacho desestimar esta pretensión, toda vez que hay confusión sobre el tema de parte del demandante, y que de acuerdo a lo expuesto a lo largo de la presente contestación de demanda, lo que se pretende en este caso no tiene vocación de prosperidad.

EXCEPCIONES

1. FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA CON RELACION AL TIEMPO ANTERIOR AL 15º DE JUNIO DE 2011

Es del caso indicar al Despacho insistentemente que el titular de la prestación goza de Asignación de Retiro a partir del 15º DE JUNIO DE 2011por lo que no procede ninguna condena en contra de la entidad respecto al tiempo anterior a esa fecha.

La Prima de Actualización fue creada con **carácter temporal y no puede extenderse más allá del término de su vigencia**, o sea, el 31 de diciembre de 1995; por lo que no es posible ordenar su reconocimiento en el presente caso, por cuanto, se reitera, el accionante no ostentaba la calidad de militar en retiro reconocida por la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, sino que disfrutaba de sueldo de actividad reconocido por el Ministerio de Defensa Nacional, toda vez que el reconocimiento de asignación de retiro se efectuó **a partir del 8º de diciembre de 2009,** mediante **Resolución Nº 3569 de 2009.**

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, aplicando el Decreto 2072 de 1997, la ley 420 de 1998 y teniendo en cuenta que tanto el Decreto 2072, como la ley 420 de 1997 canceló a los a sus afiliados y/o beneficiarias el valor correspondiente a la bonificación por compensación de que tratan las citadas normas en el periodo comprendido entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 1997 dicho pago se realizó con la mesada del mes de enero de 1998, y posteriormente le incorporó la bonificación por compensación en el sueldo básico de su asignación de retiro produjeron efectos fiscales a partir del 1 de enero de 1997, (EPOCA PARA LA CUAL EL DEMANDANTE SE ENCONTRABA EN SERVICIO ACTIVO).

2. INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO JURÍDICO PARA SOLICITAR REAJUSTE DE ASIGNACION DE RETIRO CONFORME AL IPC.

A partir del año 2005, los reajustes de asignación de retiro se realizan con fundamento en el principio de oscilación, así lo dispuso la Ley 923 de 2004, reglamentada por el Decreto 4433 de 2004, al derogar todas las disposiciones que le fueran contrarias; al respecto dice el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004:

> ***"ARTICULO 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."*** (El destacado me pertenece).

Ahora bien, el demandante solicita reajuste **por concepto de IPC** sobre el particular, se hace imperioso indicar que desde el año 2005 a la fecha, el principio de oscilación por medio del cual se reajustan las Asignaciones de Retiro ha sido igual o superior al Índice de Precios al Consumidor (IPC), en tal sentido no hay lugar a reajuste alguno.

En conclusión, no le asiste ningún derecho al demandante por ende, no puede solicitar el reajuste de su asignación de retiro, así las cosas, con todo respeto solicito a su Despacho declarar probada la excepción.

INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN

Con la presente acción se busca la modificación de la escala gradual porcentual, de acuerdo con lo resuelto por los diferentes despachos judiciales que reconocieron el IPC, de algunos señores Generales, escala que fue fijada mediante unos decretos expedidos por el Gobierno Nacional, que tienen efectos erga omnes.

La acción de nulidad y restablecimiento del derecho, está creada para que una persona particular que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, pueda pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho, situación que NO se da en el presente caso.

Para efectos de comprobar lo anterior, basta con leer el libelo de la demanda, especialmente en las pretensiones, los fundamentos de derecho y el concepto de la violación, de donde se desprende que lo pretendido es la reliquidación del salario básico en un 40.6%, que según el actor se reconoció por sentencia judicial a una General, un almirante y comandante de fuerza y que como consecuencia se modifique la escala gradual porcentual, escala que fue fijada a través de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, los cuales tienen efectos erga omnes.

Lo anterior, conduce a afirmar que hay una indebida escogencia de la acción, por considerar que la procedente era la de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando si lo que se pretende es la modificación de la escala gradual porcentual, se debió demandar los decretos con los cuales se estableció dicha escala y No pretender que esta Caja, inaplique la Ley y efectué un reconocimiento ilegal, so pretexto de solicitar se de aplicación de la ley 1395 de 2010, respecto al precedente judicial, invocando unas sentencias que condenan al reajuste de la asignación de retiro con base en el IPC, para unos generales, situación que nada tienen que ver con la modificación de la escala gradual porcentual para el resto de los militares.

Al respecto, es preciso indicar que en el presente caso el supuesto daño generado, es que como consecuencia a una orden judicial que estableció el reajuste de la asignación de retiro con base en el IPC, a unos oficiales se debe modificar el salario básico en un 40.6%, modificando de esta forma la escala gradual porcentual, pero en la demanda en ningún momento se está solicitando el reajuste de la asignación de retiro con base en el IPC, conforme a lo establecido en la ley 238 de 1995.

Aunado a lo anterior, no se encuentran probados los supuestos perjuicios ocasionados al accionante y la conducta desplegada por la Entidad obedeció a una obligación legal, como persona jurídica encargada del reconocimiento y pago de asignaciones de retiro y las obligaciones que de allí se derivan, por lo cual no hubo omisión de funciones asignadas, ni ejecución de acciones no regladas, sino **un estricto cumplimiento de un deber legal**, conforme a lo dispuesto en la Constitución y la Ley.

PRUEBAS

De conformidad con el parágrafo 1º. Del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011 esta Entidad pública demandada aporta como pruebas las siguientes:

DOCUMENTALES

1. Copia del expediente administrativo del Militar Retirado.

ANEXOS

1. Acta de Posesión No. 054-2012 del 06 de noviembre de 2012 del Dr. EVERARDO MORA

64

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 Nº 27-27 Oficina 214 del Edificio Bachué,

Correo electrónico **notificacionesjudiciales@cremil.gov.co**
conciliaciones@cremil.gov.co

PETICION ESPECIAL

Solicito respetuosamente a su Señoría que una vez sea fijada fecha y hora para la realización de la audiencia inicial de que trata el Art. 180 de la Ley 1437 de 2011, esta sea notificada de acuerdo a lo establecido en el inciso tercero del Art. 201 de la misma Ley, al correo electrónico de la suscrita apoderada de Entidad demandada **lguerrero@cremil.gov.co**.

En este orden de ideas, agradezco de antemano la colaboración prestada a efectos de que sea garantizado el derecho a la pronta accesibilidad de la Justicia y al debido proceso.

Cordialmente;

LINA MARIA GUERRERO MACIAS
CC. No. 36.308.022 de Neiva – Huila.
TP. No. 163.226 del C. S de la Judicatura.

Anexos: 32 Folios 42