



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

TRASLADO DE EXCEPCIONES N° 010

MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN : 13001-33-33-002-2013-00370-00
DEMANDANTE : ANDRES GRATERON PIMIENTA
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 49-59), 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

*Consejo Superior
de la Judicatura*



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.,
No. 212

CERTIFICADO
CREMIL: 78205-78207
SIOJ: 54843

04/AGO./2014 11:13 A. M. JESCOBAR
DEST JUZGADO 2 ADMINISTRATIVO
ATN JUZGADO 2 ADMINISTRATIVO
ASUNTO COMUNICACIONES - DEMANDA --
REMITE EDNA KATHERINE RAMIREZ ORTIZ - GRUPO
FOLIOS 85
AL CONTESTAR CITE ESTE NO. 0058246
CONSECUTIVO 2014-58246



Señores

JUZGADO (2º) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
Centro, Av. Daniel Lemaitre N° 10-129 Antiguo Edif. Telecartagena, tercer piso.
Cartagena – Bolívar
E. S. D.

ASUNTO: CONTESTACION DEMANDA DE REAJUSTE DE ASIGNACIÓN DE RETIRO IPC-,
PRIMA DE ACTUALIZACIÓN Y TIEMPOS DOBLES.

PROCESO No. 2013-00370-00
DEMANDANTE ANDRES GRATERON PIMIENTA
DEMANDADA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

EDNA KATHERIN RAMIREZ ORTIZ, domiciliada en Bogotá D.C., identificada con cédula de ciudadanía No.1.110.466.486 de Ibagué, Abogada con Tarjeta Profesional No.194.105 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de sustituta de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, **el cual fuera otorgado por Jefe de la Oficina Jurídica de esta Entidad Demandada para la presente acción y para esta actuación, me permito CONTESTAR LA DEMANDA** de la referencia, en los siguientes términos:

1. EN CUANTO A LOS HECHOS

LOS HECHOS SON PARCIALMENTE CIERTOS. El demandante el señor SUBOFICIAL PRIMERO DE LA ARMADA, fue retirado con su grado y le fue reconocida asignación por medio de la Resolución N° 1332 del 12 de junio de 1991 por parte de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, y demás factores salariales.

Si bien es cierto que la ley 100 dispone el reajuste pensional en su artículo 14, no es menos cierto que el libelista olvida que por mandato Constitucional consagrado en los artículos 217 y 218 superiores, la Fuerza Pública goza de un régimen especial de pensiones, razón por la cual todos los años el Gobierno Nacional expide los decretos haciendo el respectivo reajuste, diferente es, que si el demandante no está de acuerdo con éstos, ha debido demandar los decretos, repito, emanados por el Gobierno Nacional y no a la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares.

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



Certificado No. 001-001

“Por un Servicio Justo y Oportuno”

Cra 13 No 27-00 Edificio Bochica. Mezanine, Piso 2
Commutador: 3537300 - Fax: 3537306
Página Web: www.cremil.gov.co

2. EN CUANTO A LAS DECLARACIONES Y CONDENAS

Manifiesto al Honorable Despacho que me opongo a cada una de ellas por las razones que expongo a lo largo de esta contestación, además que el actor se le ha reajustado su asignación mensual de retiro conforme los decretos que regulan la materia, y periódicamente incrementan la asignación de retiro para que no sufra devaluación monetaria.

En cuanto a la condena en costas, se debe aclarar que mi representada siempre ha estado presta al cabal cumplimiento de las normas legales pertinentes-especiales, aplicables a las prestaciones de los retirados y sus beneficiarios, por lo que se considera que la parte demandada no ha observado una conducta dilatoria o de mala fe por lo que no procede la.

3. RAZONES DE LA DEFENSA

Se tiene entonces que el principio general dispone que la ley sólo rige hacia el futuro y en consecuencia no podrá tener efectos retroactivos, salvo que el legislador disponga expresamente lo contrario, por lo tanto los derechos o situaciones jurídicas se rigen por la ley vigente en el momento en que la situación fue creada.

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

CON RELACIÓN AL IPC

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.

Si bien es cierto que en un año determinado el incremento de sueldo de retiro para ciertos grados ha sido inferior al aumento del I.P.C. no puede por ello decirse que se está dando un trato discriminatorio en contra del personal militar en retiro. Debe tenerse en cuenta que el conjunto global del sistema excepcional de los militares es indudablemente mas ventajoso que el sistema general global de seguridad social contemplado en la ley 100 de 1993.

Por consiguiente, y para explicar una vez más, algunos de los beneficios que poseen los miembros de las Fuerzas Militares con el Régimen Prestacional Especial, se encuentra que para el reconocimiento de la asignación de retiro, no solo se tiene en cuenta, el SUELDO BASICO percibido, sino además, las partidas computables establecidas en los Decretos Leyes que regulan este sector; por el contrario, a los demás afiliados al Régimen General de seguridad Social, se les tiene en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez, es el salario mensual, sin tener en cuenta, las demás prestaciones sociales.

Por otro lado, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279, el cual se transcribe a continuación, exceptúa a los miembros de las fuerzas militares del sistema general de pensiones, ratificando con ello el régimen especial al cual pertenecen estos empleados de la nación.

“ARTICULO 279: El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional...”

Se tiene entonces, que las fuerzas militares obedecen a un régimen de carácter excepcional regulado expresamente por la ley, por lo que la petición del actor no resulta procedente, pues aunque los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía son servidores públicos, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al momento de reconocer y pagar las prestaciones a que tienen derecho sus beneficiarios, debe realizarlo con sujeción a las normas especiales ya transcritas. (Decreto ley 1211 de 1990 y decreto ley 4433 de 2004).

50
32

Es así que habiendo una regulación especial en la materia para los miembros de las fuerzas militares, no hay por qué recurrir a normas de carácter general, máxime si se tiene en cuenta que dicho personal se encuentra excluido del sistema general de pensiones por disposición expresa y que es la misma Constitución Nacional la que les otorga a los miembros de la fuerza pública un régimen especial. Por lo tanto, no corresponde a una conducta discrecional de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares aplicar lo dispuesto en el Decreto Ley 1211 de 1990 y demás normas concordantes.

En conclusión, no puede pretender el actor que se le apliquen normas prestacionales más favorables del régimen especial y al mismo tiempo se le aplique las más favorables del régimen general; al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia C-1032 de 2002 al concluir:

"... se observa sin lugar a dudas que no le asiste razón alguna al hoy actor para considerar vulneradas las normas constitucionales a las que ha hecho alusión. Por el contrario esa H. Corporación se ha referido en diversas sentencias algunas citadas en este escrito refiriéndose al tema de la coexistencia de regímenes especiales por el régimen general que establece la Ley 100 de 1993, y no es lógico pretender acogerse en lo que beneficia al sistema general al considerar que la mesada pensional del personal cobijado por el Decreto 1212 de 1990, también ha tenido incremento, y que la aludida discriminación de que habla el actor no existe por cuanto ambos sistemas consagran beneficios al personal bajo su régimen..."

Así mismo, ha expresado la Corte Constitucional en sentencia C-1032 del 2002 Magistrado Ponente Dr. ALVARO TAFUR GALVIS, lo siguiente:

"... basta en efecto recordar cuales son las características del régimen especial aplicable en cada caso a los agentes de la policía nacional, a los oficiales y suboficiales de la misma institución, a los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, así como al personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, para llegar a la conclusión de que dichos regímenes tienen una serie de características que no son comparables con las del régimen general de la Ley 100 de 1993, al tiempo que tanto en lo que se refiere al régimen de pensión de sobrevivientes como a las demás prestaciones que en ellos establecen las previsiones contenidas en los decretos 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990, resultan ampliamente favorables para los servidores que se encuentran sometidos a ellos, circunstancias que evidencian la ausencia de un trato discriminatorio en contra de dichos servidores..."

EL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD ECONOMICA

Como un sistema ortodoxo de seguridad social, particularmente en lo que se refiere a las pensiones, involucra un régimen contributivo general que impone la participación de un conglomerado social en el sostenimiento económico de dicho sistema, es evidente que si los egresos superan los ingresos generados por ese mecanismo el sistema colapsa.

Por eso en el artículo 1º de la citada reforma constitucional se comenzó citando como uno de los postulados, "la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional" y aunque lo ubicó como responsabilidad del Estado, resulta comprensible que dicha obligación pasa en primer lugar por los vinculados al sistema que son, a la vez, sostenedores y beneficiarios del mismo.

Como principio que es, la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones configura un marco de pensamiento imperativo para todos los ciudadanos y prioritariamente, para quienes desempeñan funciones públicas. Entre ellos, como es natural, se encuentran en lugar de privilegio en cuanto al compromiso correspondiente, los administradores de justicia quienes, por tanto, deberán tener en cuenta este postulado como mandato superior, en el momento de proferir sus decisiones, de modo que el adoptar una de ellas en la que imponga una carga al sistema pensional que no resulta claramente determinada en la ley o que supere las previsiones de la misma, supone una trasgresión del mandato constitucional con una clara y contundente responsabilidad social.

PROHIBICION DE VARIACION DEL REGIMEN ESPECIAL

LEY 4 DE 1992, establece las pautas al Gobierno Nacional, para hacer los reajustes salariales y prestacionales para el sector público, incluida la Fuerza pública, la cual goza de un régimen especial.

Con fundamento en la Ley 4 de 1992, se han expedido los decretos de sueldos anuales de la Fuerza Pública, establece que los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de esta ley, no podrán contravenirla, pues de hacerlo carecerían de efectos y por lo tanto no darían lugar a que se originaran los derechos adquiridos.

Los decretos que han desarrollado esta ley, contemplan la misma disposición del artículo 10 en su contenido, así: Decretos 107/96 art. 38, 122/97 art. 38, 58/98 art. 39, 62/99 art. 39, 2724/00 art. 38, 745/02, art. 38, 3552/03 art. 36 y 4158/04 art. 36.

De otra parte, la ley contiene una prohibición expresa, según la cual no se puede variar el régimen especial prestacional de la Fuerza Pública.

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.

PRINCIPIO DE OSCILACION DE LA ASIGNACION DE RETIRO APLICABLE A LA FUERZA PÚBLICA.

En relación con lo antes expuesto, el **PRINCIPIO DE OSCILACIÓN**, asimilable tanto conceptual como en su finalidad al Principio de Mantenimiento del Poder Adquisitivo de Pensiones, siendo este- **OSCILACIÓN**- propio del Régimen Especial de los Miembros de las Fuerzas Militares, el cual se ha consagrado en el artículo 169 del Decreto ley 1211 de 1990 y el artículo 42 del Decreto 4433/04.

El principio de oscilación de las asignaciones de retiro, consagrado en la norma precitada, **únicamente es aplicable a los miembros de la Fuerza Pública, y tiene como objetivo mantener el poder adquisitivo de la asignación de retiro, y preservar el derecho a la IGUALDAD entre militares en actividad y en retiro**; su desconocimiento provocaría una descompensación injusta e ilegal en contra del personal activo, cuyos salarios son reajustados anualmente por el Gobierno Nacional.

Por consiguiente, en el régimen de las asignaciones de retiro, se aplica únicamente el principio de oscilación conforme lo dispone el artículo citado Decreto ley 1211 de 1990; porque de lo contrario, si fueran adoptados mecanismos, fórmulas o sistemas de liquidación diferentes, se aplicaría un sistema prestacional distinto y sin fundamento legal, al establecido en el régimen especial de la Fuerza Pública.

Aunado a lo anterior, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante oficio No. 031163 del 21 de agosto de 2003 precisó:

"El sistema de oscilaciones de asignaciones de retiro y pensión previstos en el artículo 169 del Decreto Ley 1211 de 1990, constituyó parte integral del Estatuto del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y rigió en este caso los incrementos de las pensiones y de las asignaciones de retiro que les habían sido reconocidas las cuales estaban directamente ligados a los aumentos salariales de los miembros activos de la fuerza pública"

El citado principio – **oscilación de las asignaciones de retiro**- establecido en las citadas normas, consagra taxativamente la prohibición de la aplicación de un régimen diferente para efectos del reajuste de las asignaciones de retiro; al respecto es del caso aclarar que esta misma prohibición se encontraba contemplada en los Decretos 612 de 1977, Decreto 089 de 1984, Decreto 095 de 1989, al establecer **"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"**.

Por lo expuesto, es claro que al demandante se le han hecho los reajustes, que por ley le corresponden.

No está por demás precisar que no todos los años desde la expedición de la Ley 238 de 1995, fueron más favorables que los incrementos efectuados por el Gobierno Nacional en cumplimiento del Principio de Oscilación que rige para la Fuerza Pública; por consiguiente, si es aplicado el Índice de Precios al Consumidor para todo el personal militar retirado, **NO SOLAMENTE LOS**

- AÑOS QUE PRESUNTAMENTE LE SON FAVORABLES, sino desde la vigencia de la referida norma, la Entidad debe incoar las acciones judiciales pertinentes para EXIGIR el reintegro de los valores pagados cuando en años anteriores estos le fueron más beneficiosos.

El espíritu de la Ley 238 de 1995, no pretende modificar el sistema de actualización de las asignaciones de retiro del personal retirado de la Fuerza Pública, tal como se expresa en la exposición de motivos del proyecto de Ley No. 171/95:

"...Durante más de una década los pensionados de Colombia clamaron ante el Gobierno y el Congreso porque se hiciera justicia y se le legislara en materia de reajuste de pensiones, de tal manera que no solamente se conservara el poder adquisitivo de las mesadas, sino que además se recuperara el perdido como consecuencia de la aplicación de la norma vigente, Ley 4ª de 1976..."

CRITERIOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE COMPARACIÓN DE LOS DOS RÉGIMENES.

Ciertamente existen dos regímenes de prestaciones sociales para los servidores públicos a saber: los regímenes especiales consagrados en normas propias y el régimen general establecido en la Ley 100 de 1993.

(...) la sentencia C-432 de mayo 6 de 2004 con ponencia del Doctor Rodrigo Escobar Gil, sostienen los siguientes principios de especial importancia para la visión de este estudio:

1. *La existencia de regímenes prestacionales diferentes no es contraria al principio de igualdad constitucional.*
2. *La existencia de sistemas prestacionales especiales responde a la necesidad de garantizar los derechos adquiridos de ciertos sectores de la población que merecen un trato diferente al de los demás beneficiarios de la seguridad social.*
3. *La Constitución Política admite la existencia de un régimen especial de prestaciones sociales exclusivamente dirigido a los miembros de la Fuerza Pública, regulado por disposiciones diferentes a la Ley 100 de 1993.*
4. *La Corte ha indicado que el trato diferencial no quebranta por sí mismo el principio de igualdad constitucional de los miembros del régimen especial frente a los beneficiarios del régimen general, por lo que no se puede afirmar que el régimen especial sea contrario al principio de igualdad constitucional.*
5. *La Corte dice que dada la complejidad de los sistemas prestacionales y la interdependencia de las prerrogativas por ellos conferidas, para que el trato diferencial sea verdaderamente discriminatorio es necesario que el mismo se evidencie **de manera sistemática, no fraccionada**, o sea que el trato discriminatorio es reprochable si el conjunto del sistema especial, no solamente un aspecto, conlleva un tratamiento desfavorable para el destinatario.*
6. *Si la desmejora se evidencia en un aspecto puntual del régimen en una prestación definida o en un derecho concreto, no es dable deducir trato discriminatorio, especialmente si la desventaja detectada es un aspecto puntual del régimen especial que se encuentra compensada por otra prestación incluida en el mismo.*
7. *Al respecto la Corte ha dicho que "las personas vinculadas a regímenes especiales deben someterse íntegramente a éstos sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general (Sentencia T-348 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En efecto no es equitativo que ninguna persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo el usuario pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica. (Sentencia C-956/01 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.)*
8. *La Corte ha dicho que los sistemas de seguridad social tanto el general como los especiales, funcionan de acuerdo con metodologías propias, por lo que no resultaría legítimo que para detectar posibles discriminaciones se les comparara con la misma regla o se les aplicara iguales patrones de confrontación.*
9. *Únicamente si la prestación social de la cual se predica la posible discriminación es suficientemente autónoma para derivar que ella, en sí misma, constituye una verdadera discriminación respecto al régimen general, se podrá retirar del ordenamiento jurídico.*
10. *Pero la Corte ha precisado que podía darse esa circunstancia solamente cuando "a) si la prestación es autónoma y separable, lo cual debe ser demostrado claramente, b) la ley prevé un beneficio indudablemente inferior para el régimen especial y c) que no exista otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social*

y que la carencia de la compensación resulte evidente.” (Sentencia C-890 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

11. Igualmente la Corte ha dicho que: “Por mandato constitucional (art. 48 y 150-19-C.P.) la regulación de los regímenes de seguridad social general y especiales, hacen parte de los asuntos en los que el legislador, ordinario o extraordinario, tiene un amplia potestad de configuración. De allí que mientras la ley no establezca condiciones excesivas, desproporcionadas o irracionales para el ejercicio o reclamación de un derecho, no puede hablarse de desconocimiento del texto constitucional.”

12. En la sentencia C-491 de febrero 15 de 2003 al tratar el tema de las pensiones para los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, reconocidas de acuerdo con el

13. Decreto 1212 de 1990, señaló que es factible la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, pues el artículo 1° de la Ley 238 de 1995 se refirió específicamente a los pensionados de los sectores que fueron excluidos por el artículo 279 de la ley 100 de 1993.

Es decir, procede el reajuste del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de ciertas pensiones diferentes a la asignación de retiro, como es el caso de las pensiones de sobrevivientes, de invalidez u otras.

Tan evidente es esta conclusión, que en la sentencia comentada se precisa: “cosa distinta sucede con el reajuste de la asignación de retiro, prestación que **no puede asimilarse** a las pensiones que se establecen en el Decreto 1212 de 1990, dada sus especiales características a que se hizo referencia en el acápite anterior a esta sentencia, igualmente **impide asimilarla** a la pensión de vejez al régimen general de la Ley 100 de 1993”.(Subraya fuera del texto).

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.

Si bien es cierto que en un año determinado el incremento de sueldo de retiro para ciertos grados ha sido inferior al aumento del I.P.C. no puede por ello decirse que se está dando un trato discriminatorio en contra del personal militar en retiro. Debe tenerse en cuenta que el conjunto global del sistema excepcional de los militares es indudablemente mas ventajoso que el sistema general global de seguridad social contemplado en la ley 100 de 1993.

Por consiguiente, y para explicar una vez más, algunos de los beneficios que poseen los miembros de las Fuerzas Militares con el Régimen Prestacional Especial, se encuentra que para el reconocimiento de la asignación de retiro, no solo se tiene en cuenta, el SUELDO BASICO percibido, sino además, las partidas computables establecidas en los Decretos Leyes que regulan este sector; por el contrario, a los demás afiliados al Régimen General de seguridad Social, se les tiene en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez, es el salario mensual, sin tener en cuenta, las demás prestaciones sociales.

Por otro lado, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279, el cual se transcribe a continuación, exceptúa a los miembros de las fuerzas militares del sistema general de pensiones, ratificando con ello el régimen especial al cual pertenecen estos empleados de la nación.

“ARTICULO 279: El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional...”

Se tiene entonces, que las fuerzas militares obedecen a un régimen de carácter excepcional regulado expresamente por la ley, por lo que la petición del actor no resulta procedente, pues aunque los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía son servidores públicos, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al momento de reconocer y pagar las prestaciones a que tienen derecho sus beneficiarios, debe realizarlo con sujeción a las normas especiales ya transcritas. (Decreto ley 1211 de 1990 y decreto ley 4433 de 2004).

Es así que habiendo una regulación especial en la materia para los miembros de las fuerzas militares, no hay por qué recurrir a normas de carácter general, máxime si se tiene en cuenta que dicho personal se encuentra excluido del sistema general de pensiones por disposición expresa

y que es la misma Constitución Nacional la que les otorga a los miembros de la fuerza pública un régimen especial. Por lo tanto, no corresponde a una conducta discrecional de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares aplicar lo dispuesto en el Decreto Ley 1211 de 1990 y demás normas concordantes.

En conclusión, no puede pretender el actor que se le apliquen normas prestacionales más favorables del régimen especial y al mismo tiempo se le aplique las más favorables del régimen general; al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia C-1032 de 2002 al concluir:

"... se observa sin lugar a dudas que no le asiste razón alguna al hoy actor para considerar vulneradas las normas constitucionales a las que ha hecho alusión. Por el contrario esa H. Corporación se ha referido en diversas sentencias algunas citadas en este escrito refiriéndose al tema de la coexistencia de regímenes especiales por el régimen general que establece la Ley 100 de 1993, y no es lógico pretender acogerse en lo que beneficia al sistema general al considerar que la mesada pensional del personal cobijado por el Decreto 1212 de 1990, también ha tenido incremento, y que la aludida discriminación de que habla el actor no existe por cuanto ambos sistemas consagran beneficios al personal bajo su régimen..."

Así mismo, ha expresado la Corte Constitucional en sentencia C-1032 del 2002 Magistrado Ponente Dr. ALVARO TAFUR GALVIS, lo siguiente:

"... basta en efecto recordar cuales son las características del régimen especial aplicable en cada caso a los agentes de la policía nacional, a los oficiales y suboficiales de la misma institución, a los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, así como al personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, para llegar a la conclusión de que **dichos regímenes tienen una serie de características que no son comparables con las del régimen general de la Ley 100 de 1993**, al tiempo que tanto en lo que se refiere al régimen de pensión de sobrevivientes como a las demás prestaciones que en ellos establecen las previsiones contenidas en los decretos 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990, resultan ampliamente favorables para los servidores que se encuentran sometidos a ellos, circunstancias que evidencian la ausencia de un trato discriminatorio en contra de dichos servidores..."

CON RELACIÓN A LA PRIMA DE ACTUALIZACION

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 párrafo, 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"

53
9 8

“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

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%

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.

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

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, **fijase 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 1° 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.

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.

3. INEXISTENCIA DE NORMA JURÍDICA QUE SUSTENTE LA RELIQUIDACIÓN 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.

COSTAS PROCESALES Y AGENCIAS EN DERECHO

Sobre el particular es importante resaltar que la condena en costas en los procesos contencioso administrativos se lleva a cabo de conformidad con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, en el cual subsiste la exención de condena en agencias en derecho y reembolso de impuestos de timbre a favor de la Nación y por ende estos privilegios y prerrogativas son extensivos a los Establecimientos Públicos, como lo es la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

La Ley 1437 de 2011 establece respecto a la condena en costas lo siguiente:

*“Artículo 188 . **CONDENA EN COSTAS.** Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”*

Ahora bien, esta Ley remite expresamente en tratándose de costas y agencias en derecho al Código de Procedimiento Civil, que a su vez regula sobre el particular en el artículo 392 así:

*“ARTÍCULO 392. **CONDENA EN COSTAS.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

(...)

6. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

(...) ”

- En gracia de discusión, si el señor Juez decide emitir condena en contra de la Entidad de manera atenta le solicito se tenga en cuenta que desde el inicio del proceso se planteó por parte de la Defensa la excepción de prescripción por lo que las pretensiones del demandante repito **"EN GRACIA DE DISCUSION"** prosperarán parcialmente y es legalmente válido de conformidad con lo expuesto exonerar a esta entidad de la condena en costas.

Finalmente, se debe precisar que el citado artículo 392 señala que solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan causadas y comprobadas

4. EXCEPCIONES

CON RELACIÓN AL IPC

INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO JURÍDICO PARA SOLICITAR REAJUSTE DE ASIGNACION DE RETIRO CONFORME AL IPC DESDE EL AÑO 2005

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 hasta el **año 2012** 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, como lo solicita de esta manera el demandante.

FALTA DE UNIDAD JURÍDICA EN LOS ACTOS DEMANDADOS POR LEGALIDAD Y VIGENCIA DE LOS DECRETOS DE OSCILACIÓN EXPEDIDOS POR EL GOBIERNO NACIONAL

El incremento de las asignaciones de retiro, por mandato legal está en cabeza del Presidente de la República, por tanto, no puede aceptarse que por vía jurisprudencial se adopte incrementos a la escala salarial de los miembros de la fuerza pública, pues como se dijo, es tema de reserva legal, el establecer las pautas básicas y mínimas en relación con las normas, parámetros y criterios a los que debe sujetarse el Gobierno Nacional, para la fijación del régimen salarial, no solo de los empleados públicos, sino de los miembros de la Fuerza Pública.

Por lo anterior, no es correcto que por vía de control judicial de la legalidad de un acto administrativo, se pretenda la anulación y consiguiente incremento prestacional no autorizado por la Ley, así, con la respuesta negativa por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, frente a la solicitud de la reliquidación y reajuste de su asignación de retiro por causa del no reconocimiento en su momento, de los aumentos del índice de precios al consumidor, decretados por el Gobierno Nacional, no se ha vulnerado el ordenamiento jurídico, razón por la cual no debían ser acogidas las súplicas de la demanda.

Adicionalmente, los decretos de oscilación por medio de los cuales la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares llevó a cabo los incrementos de la asignación de retiro del Demandante se

encuentran vigentes y no fueron demandados por el Actor, así, no se puede declarar la nulidad de al acto cuestionado en la presente demanda si las normas en que se fundaron están vigentes.

PROHIBICIÓN DE APLICACIÓN PARCIAL DE RÉGIMEN GENERAL DE PENSIONES (LEY 100 DE 1993) AL RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS FUERZAS MILITARES

El principio de favorabilidad y de la inescindibilidad de la ley se halla consagrado en el régimen laboral colombiano como aquel que opera ante la coexistencia de dos o más normas laborales de distinto origen formal, razonablemente susceptibles de ser aplicadas, o cuando existiendo una sola norma ésta admite varias interpretaciones, de tal forma que la norma que se adopte debe aplicarse en su integridad, sin que este permitido el aceptar como interpretación correcta de una norma la que proponga el trabajador, o exigir la aplicación de parcial norma alegando favorabilidad.

Por lo anterior, el principio de inescindibilidad de las leyes prohíbe la aplicación fraccionada de normas jurídicas, por cuanto ello conduciría a inestabilidad jurídica. No puede en consecuencia el intérprete, a su arbitrio, escoger qué parte de una normatividad es la que le conviene para solicitar su aplicación y cuál no, para por el contrario, no ser tomada en cuenta.

Tal situación se da en el presente caso, por cuanto el Demandante pretende que a su **asignación de retiro, propia del régimen especial de las Fuerzas Militares**, se aplique **ÚNICAMENTE** lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, norma propia del régimen general de pensiones y que en lo demás se le siga aplicando el régimen propio de la FF. MM. con todas las partidas computables, desconociendo con ello lo dispuesto en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993 y que dice:

“ARTÍCULO 288. APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN LA PRESENTE LEY Y EN LEYES ANTERIORES. Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente Ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta Ley.”

En este orden de ideas, mal hace el Demandante al alegar para su caso la aplicación de la favorabilidad que establece el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, para los dos regímenes del sistema general de pensiones, pues con ello desconoce que el régimen al que pertenece es especial, y que ese sistema es aquel conjunto normativo que crea, regula, establece y desarrolla una serie o catálogo de prestaciones a favor de un grupo social determinado que, a pesar de tener su origen en un derecho general o de mayor entidad, goza de una regulación propia, en virtud de ciertas características individuales que le dotan de plena singularidad¹

Por su parte la Corte Constitucional ha reconocido que con fundamento en los artículos 150, numeral 19, literal e), 217 y 218 del Texto Superior, los miembros de la fuerza pública tienen derecho a un régimen prestacional especial, en razón al riesgo latente que envuelve la función pública que prestan y desarrollan. Es claro que la existencia de un régimen especial para los miembros de la fuerza pública, no sólo tiene su fundamento constitucional en la consagración expresa de los artículos 150, numeral 19, literal e), 217 y 218 del Texto Superior, sino también en la diversidad de vínculos jurídicos para acceder a la función pública y que, sin lugar a dudas, conducen a una distinta nominación del empleo, de la categoría del servidor y de la naturaleza de sus funciones, que lógicamente conllevan al señalamiento de un régimen salarial y prestacional distinto²

En este orden de ideas, es errado que el Accionante alegue favorabilidad para que le sea aplicado el artículo 14 de la ley 100 de 1993 por cuanto, el régimen al cual pertenece tiene mayores prerrogativas que las del sistema general, esto porque al ser especial, es un régimen más benéfico por el tiempo de cotización para acceder a la prestación y, por el valor del ingreso sobre el cual se liquida el porcentaje de la prestación, en consideración a que incluye primas y/o

¹ Sentencia C-432/04

² Sentencia C-432/04

• bonificaciones que no están contempladas en el sistema general; ahora bien, tal tratamiento, busca equilibrar el desgaste físico y emocional sufrido durante un largo período de tiempo, por la prestación ininterrumpida de una función pública que envuelve un peligro inminente, tal situación hace que una asignación de retiro frente a una pensión siempre sea más benéfica, por tanto, aplicarle el régimen general le da mayor prerrogativas, hecho que si puede generar un desequilibrio.

PRESCRIPCION EN LAS DIFERENCIAS EN ALGUNOS AÑOS SEGÚN LAS MESADAS.

En gracia de discusión, si al actor le asistiera algún derecho con respecto a las pretensiones de la presente demanda, no podría reconocérsele por cuanto el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 establece la prescripción de las mesadas cuatrienal, contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles, por lo tanto y en el evento en que no se acojan los planteamientos expuestos por esta Caja, se debe declarar la prescripción del derecho.

En consecuencia, con todo respeto solicito a este Honorable Despacho, declarar probada la excepción.

Así lo advierte el CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION SEGUNDA- SUBSECCION B, Magistrado ponente Dra. Bertha Lucia Ramirez de Paez en su fallo de fecha 4 de febrero de 2010 dentro del proceso No. 2008-00136 de Arcesio Barrero Aguirre contra La Caja de Retiro de Las Fuerzas Militares, en donde dijo:

...la Sala dispuso que el ajuste de las asignaciones de retiro con base en el Índice de Precios al Consumidor IPC, debe hacerse hasta el 31 de diciembre de 2004, teniendo en cuenta que el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990, que consagró el sistema de oscilación, fue retomado por el legislador mediante la Ley 923 de 2004, reglamentada a su vez por el Decreto 4433 del mismo año, manteniendo vigente este sistema de reajuste así:

*“ Artículo 142. Oscilación de la asignación de retiro y de la pensión.
Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementan 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.”.

Adicionalmente, se hace imperioso indicar que desde el año 2005 y posteriores, 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.

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Es del caso indicar al Despacho que desde hace cerca de dos años por disposición del Gobierno Nacional se conformó una Mesa de Trabajo de IPC con el concurso del Ministerio de Hacienda, el Ministerio de Defensa, el Ministerio de Justicia, CASUR, CREMIL y la Procuraduría, con el fin de evaluar la política de defensa respecto al IPC y buscar una alternativa de solución a esta problemática.

El resultado de la citada mesa, arrojo como resultado el visto bueno de los miembros que la conformaron a una amigable composición de los litigios.

No siendo ajena la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a la búsqueda de mecanismos alternativos de solución de conflictos, se planteará dentro de la oportunidad procesal pertinente una fórmula de arreglo.

CON RELACIÓN A LA PRIMA DE ACTUALIZACION

PAGO FRENTE AL REAJUSTE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO A PARTIR DEL 1º. DE ENERO DE 1996.

Es importante señalar que la Ley 4 de 1992 en su Artículo 10 dispuso que “Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

“Corolario a lo anterior, en los decretos de aumento de sueldos, valga decir, los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994, 133 de 1995, 107 de 1996 y subsiguientes, en su parte final, se encuentra expresa la exclusión de cualquier modificación que pudiera efectuarse sobre el régimen salarial o prestacional aplicable a la fuerza pública que sea efectuada por cualquier otra autoridad diferente al Gobierno Nacional, ya que es la autoridad que tiene la competencia para la fijación de sueldos.

Así las cosas, es claro que el pago de la **asignación de retiro a favor del Accionante** 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 ante su Honorable Despacho que la Sala Plena del Consejo de Estado ha proferido fallos 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:

El H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “A” Subsección B, C.P. Dr. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE, mediante sentencia de fecha 19 de Julio de 2006, manifestó que:

“Finalmente, la prima de actualización sólo fue reconocida hasta el 31 de diciembre de 1995, es decir, tuvo el carácter transitorio.

..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.

Así mismo el Honorable Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “A” Consejero Ponente Doctor: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN en sentencia de fecha 22 de enero de 2009 dentro del proceso promovido por LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES contra el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA Y OTRO dispuso lo siguiente:

“Ya en el proceso ejecutivo ...adicional a ello, olvidaron que a partir del año 1996 el reconocimiento de la prima de actualización no podía ser decretado y liquidado...” subrayado y negrillas fuera de texto.

Así pues, a partir del año 1996, la prima de actualización no podía ser decretada y liquidada por los años subsiguientes para formar parte de la base prestacional, pues se estaría variando la forma que previó la ley para fijar el monto de las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, que se rigen por las reglas establecidas en el Decreto 107 de 1996 y por el principio de oscilación.

- En síntesis, la PRIMA DE ACTUALIZACIÓN fue un beneficio de carácter temporal, que tenía por objeto lograr la nivelación gradual de la remuneración del personal activo y retirado, que rigió sobre los años 1993 a 1995.

De otra parte a partir de la fijación de la escala salarial porcentual establecida por el decreto 107 de 1996, los valores reconocidos como prima de actualización fueron incorporados a la asignación básica señalada para esos años y, en virtud del principio de oscilación, aplicados a las posteriores asignaciones de retiro o pensiones de retirados”

De igual manera el Tribunal Administrativo de Antioquia Sala Cuarta de Decisión Magistrada Ponente Dra. Edda Estrada Alvarez en fallo de 28 de mayo de 2009 accedió a la solicitud de corrección aritmética solicitada por la entidad toda vez que el fallo de primera instancia ordenó el reajuste de la asignación de retiro a partir de 1996; y ordenó CORREGIR la sentencia manifestando lo siguiente:

“del texto transcrito se infiere con toda claridad que la prima de actualización solo tuvo vigencia hasta el 31 de diciembre de 1995 con fundamento en la ley 133 de 1995... y con base en lo anterior el Honorable Tribunal resolvió:

1 - Corregir la sentencia ...

2- Ordenase a la Caja... a reconocer y pagar al señor ORLANDO MUÑOZ SANTA la prima de actualización a que tiene derecho de conformidad con los decretos... y 133 de 1995, reajustando con ella su asignación de retiro, norma esta que tuvo vigencia solo hasta el 31 de diciembre de 1995.” (subrayado y negrillas fuera de texto)

Aunado a lo anterior, en un asunto relacionado con la prima de actualización, en sentencia del 27 de agosto de 2009 el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección B Magistrado Ponente Dr. CESAR PALOMINO CORTES, dentro del proceso ejecutivo No.2008-00696 de LUIS EDUARDO FONTECHA HERNANDEZ contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, dispuso lo siguiente:

CONFIRMAR el proveído calendado 31 de marzo de 2009, proferido por el Juzgado Catorce Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. Sección Segunda, al negar el mandamiento de pago por no ser exigible la obligación, conforme lo expuesto en la parte motiva.”

El señor LUIS EDUARDO FONTECHA HERNANDEZ solicito mediante demanda ejecutiva que la entidad diera estricto cumplimiento a la parte resolutive de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que le ordeno el reconocimiento y pago de la prima de actualización, “en el sentido de que se le reajustara la asignación mensual de retiro al actor, incluyendo la prima de actualización, en atención a que es un factor computable para liquidar la asignación de retiro del actor.”

El Juzgado 14 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá negó el mandamiento de pago, e indico que la suma señalada por la parte actora no tiene sustento verdadero en los términos de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, “**pues de ella no se puede entender que al hacerse la liquidación tenga que tomarse el sueldo básico y todas las primas recibidas por el Accionante, ni tampoco que ella deba extenderse hasta 2007..**”

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al fallar consideró que “la entidad demanda dio cabal cumplimiento a lo ordenado en el proveído en comento, ya que se reconoció en favor del demandante la suma de dos millones quinientos noventa y ocho mil dieciocho pesos (\$2.598.018.00) por concepto de PRIMA DE ACTUALIZACION causada a partir del 1ª de enero de 1993 hasta el 31 de diciembre de 1995, con indexación e intereses.”

Posteriormente, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA concluye: “En este orden de ideas y como quiera que la obligación que se aduce en el título ejecutivo (sentencia judicial) no reúne los requisitos señalado en la norma para que sea exigible, la decisión procedente es la de confirmar el auto apelado en el entendido que la decisión de A-quo es la de negar el mandamiento de pago por no ser exigible la obligación.”

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.

1. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO

Si en todo caso fuera exigible, tal derecho estaría PRESCRITO conforme lo señala el **art. 2529 del C.C.** por haber transcurrido más de tres años desde el momento de su exigibilidad (1º de enero de 1992).

Por otra parte, si considera el despacho que debe aplicarse la prescripción especial de los derechos señalados en el **artículo 174 del Decreto Ley 1211 de 1990**, que establece: *“Los derechos consagrados en este estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles, el reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción...”* (cabe el interrogante de ¿si la prima de actualización es un derecho de los allí consagrados?), estos cuatro años también transcurrieron y por tanto el derecho está PRESCRITO.

En términos generales, el derecho contemplado en la norma transcrita es exigible dentro de la vigencia fiscal para la cual es creada cada norma. Así, con base en el Decreto 335 de 1992, la prima de actualización fue creada para el periodo comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1992, siendo exigible desde el primer día del primer mes del año fiscal para el cual se creó. Así mismo, la prescripción cuatrienal del artículo 174 del Decreto Ley 1211 de 1990, dado que éste es un derecho de ejecución periódica, comenzó a contarse desde el mismo momento en que la prima aludida se hizo exigible, esto es, desde el 1 de enero de 1992.

Como la declaración de nulidad de las expresiones mencionadas retrotrae al estado anterior a la vigencia de las respectivas expresiones en los decretos, si un ente judicial determina que en un caso concreto el demandante tiene derecho al pago de la prima de actualización, ello debe ser **dentro de los parámetros y las vigencias fiscales de los Decretos 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995** en el supuesto de que nunca hubiesen existido aquellas expresiones dentro de su texto. Su exigibilidad no sufre ninguna modificación, en consecuencia, la misma ha de tenerse desde el 1 de enero de 1992. Es decir que en tal supuesto de que se considere que un militar retirado tiene derecho a prima de actualización, ello será para los mismos periodos en que ella correspondió a los militares activos, pues es éste el estado al cual se retrotrae la aplicación de la norma, toda vez que la declaración de nulidad proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado en ninguna manera recae sobre la vigencia fiscal de la norma.

De lo anterior se establece que los aludidos fallos del Honorable Consejo de Estado de agosto 14 y noviembre 6 de 1997 surten efectos sólo para los periodos no prescritos y la prescripción, según la ley se contará a partir de la fecha en que es presentada la solicitud de reconocimiento de la prestación ante esta Entidad.

De otra parte, el Actor estuvo en posibilidad de demandar toda vez que en el Ordenamiento Jurídico Colombiano, están establecidos el derecho constitucional de petición, los mecanismos de agotamiento de la vía gubernativa, la acción de cumplimiento, la acción de simple nulidad, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, etc. Mecanismos jurídicos estos, a los cuales el actor pudo acudir desde el 1 de enero de 1992 para la protección de los derechos que considerara violados, esto con fundamento en la Constitución Política, la Ley 4 de 1992, el Decreto Ley 1211 de 1990, los Decretos que contemplaron la prima de actualización (normas invocadas por el actor) o cualquier otra norma que considerara pertinente.

En conclusión, primero, no es admisible –jurídicamente– que la decisión del Honorable Consejo de Estado haya sido la fuente de creación de la Prima de Actualización para los militares en uso de buen retiro, pues pretender que una declaración de nulidad es el punto de partida para la exigibilidad de un derecho (suplantando la ley), es pretender que el juzgador puede suplantar las funciones del legislador y que la acción de nulidad es un mecanismo para revivir los términos de caducidad y/o prescripción de derechos prescritos; segundo, el momento de exigibilidad del

- derecho, no fue modificado, ni podía serlo, por las sentencias de nulidad del 14 de agosto y 6 de noviembre de 1997 y; tercero, declarado el derecho a la prima bajo los parámetros interpretativos anteriormente expuestos, corresponde el lógico pronunciamiento con respecto a la prescripción cuatrienal contenida en el artículo 174 del decreto 1211 de 1990, en los casos en que se demuestre la procedencia de su declaración al verificar la fecha en la cual se presentó la petición de reclamación ante la Entidad.

En este sentido se pronunció el H. Consejo de Estado – Sección Segunda Subsección “A”, en sentencia proferida el **7 de septiembre de 2000** dentro del Expediente 2664-99, Magistrado Ponente Dr. NICOLAS PAJARO PEÑARANDA, en la cual estableció que:

“1. Es bien sabido que la nulidad de un acto administrativo, se extiende retroactivamente desde el momento mismo del nacimiento a la vida jurídica del acto, vale decir, “ex tunc” (desde entonces), porque tal nulidad “devuelve las cosas al estado que antes tenían”, como reiteradamente y sin rectificación alguna lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de estado (ver sentencia 22 de junio de 1955; Anales, tomo LXI 382-386 página 88).

La consecuencia de tales efectos retroactivos, en relación con los derechos subjetivos, es tal que, precisamente, se ordena su reconocimiento también retroactivamente, porque si los efectos de tal nulidad fueran relativos o “ex nunc” (desde ahora), como sucede excepcionalmente (artículo 136,2 in fine del CCA), su reconocimiento solo sería hacia el futuro, a partir de la ejecutoria de la declaración judicial de la nulidad.

2. Ahora bien, la exigibilidad de la prima de actualización coincide con su causación, de tal manera que si por virtud de la nulidad de las expresiones “que la devengue en servicio activo” y “reconocimiento de” contenidas en el parágrafo del artículo 28 de los decretos 25 de 1993 y 65 de 1994 y del artículo 29 del decreto 133 de 1995, declarada por las sentencias ya referidas de esta Sección, aquella se causó desde la expedición de tales decretos y en los términos allí dispuestos, y no a partir de la ejecutoria de las respectivas sentencias, es evidente que el reclamo que formuló el actor el 29 de diciembre de 1997 (f. 5), protegió los derechos con 4 años de anterioridad, en los términos del artículo 174 del decreto 1211 de 1990, de tal manera que la prescripción operó respecto de lo reclamado con anterioridad al 28 de diciembre de 1993, como lo dispuso el Tribunal en la sentencia apelada.

La pretensión del demandante, para que la exigibilidad de la prima ocurra sólo a partir de la ejecutoria de las aludidas sentencias, equivale a otorgarle a la nulidad que se declaró un doble efecto, retroactivo para que el derecho se cause y futuro para su exigibilidad, lo cual desnaturaliza el primero, que es el reconocido por la jurisprudencia a la nulidad de los actos administrativos, Como ya se dijo.”

También el Consejo de Estado – Subsección A en sentencia proferida el 05 de octubre de 2000 dentro del expediente 519-2000 y 876-200 con ponencia de la Dra. ANA MARGARITA OLAYA FORERO que adjunto, al respecto estableció que :

(...) “En efecto la ley le ha dado un tratamiento especial a las prestaciones sociales, dado su carácter de imprescriptible ; por ello, es viable jurídicamente que el interesado pueda elevar solicitud de reconocimiento de su derecho en cualquier tiempo; sin embargo y no obstante que el derecho es imprescriptible , si lo son las acciones que emanen de los derechos prestacionales; por tal virtud prescriben las mesadas pensionales, según el término señalado por el legislador ; el caso de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares es de cuatro años.

Y si bien es cierto que los efectos de la sentencia de nulidad son erga omnes y “ex tunc” ; es decir que se tiene para todos los efectos que el acto no ha existido, dada su ilegalidad ; ello convalida el término de prescripción, por el reclamo formulado en sede administrativa ante la autoridad competente , pues la institución jurídica de la prescripción limita en el tiempo el ejercicio de una acción, independientemente de consideraciones que no sean el transcurso del tiempo. Dicho plazo como lo ha dicho la jurisprudencia y la doctrina , es perentorio y de orden público, y a él esta sometido el sentenciador.

De otra parte mal puede prevalerse el actor de los fallos de nulidad para sanear el tiempo que, por su voluntad, dejó pasar para hacer el respectivo reclamo, pretextando que debía esperar dichas sentencias ; pues bien podría el peticionario , si consideraba que tenía derecho a que se reliquidara su pensión teniendo como base la prima de actualización , una vez proferida la norma , reclamar su derecho en sede gubernativa, antes de que transcurrieran los cuatro años y demandar la negativa de la entidad de previsión en sede contenciosa, pidiendo la inaplicación,

en el caso concreto de los citados decretos, por su contrariedad con la carta política y la ley. O, bien hubiera podido, hacer su reclamo en tiempo e intentar las acciones de nulidad y de nulidad y restablece.

De igual forma, el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “A”, M.P. Dra. ANA MARGARITA OLAYA FORERO, mediante sentencia de fecha 3 de febrero de 2005, manifestó que:

“ En este caso , la demandante formuló la petición en sede gubernativa el 11 de diciembre de 2002, es decir que había transcurrido más de cuatro años desde la fecha de ejecutoria de las sentencias del Consejo de Estado que permitieran devengar la asignación para el personal retirado, lo que significa que la acción para intentar su reclamo había prescrito, como bien lo dijo el Tribunal.” Subrayado y negrilla fuera de texto.

Consecuencia de lo anterior, el Accionante , no tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de actualización, toda vez que la petición de reconocimiento y pago fue presentada a la Entidad varios años después de haberse expedido el Decreto 335 de 1992.

PRUEBAS

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

- Hoja de servicios del titular de la prestación
- Acto administrativo de reconocimiento de la prestación

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 del militar en forma inmediata esta defensa estará presta a atender su solicitud.

ANEXOS

1. Resolución No. 1755 de 2009 mediante la cual se delegan unas funciones relacionadas con la actividad de defensa judicial.
2. Resolución No. 3421 de 2007 por la cual se hacen unas incorporaciones.
3. Acta de posesión No. 202-2007 del Jefe de la oficina Asesora de Jurídica.
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 MG (RA) del Ejército **EDGAR CEBALLOS MENDOZA**, Director General y Representante legal tiene domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., recibe notificaciones en el Edificio Bachué, Carrera 13 No. 27-00 Edificio Bochica, Mezanine Piso 2, Teléfono 353 73 00.

Adicionalmente y para los efectos de notificaciones y comunicaciones establecidas en la Ley 1437 de 2011 me permito indicar que la dirección oficial por medio electrónico es la siguiente: notificacionesjudiciales@cremil.gov.co o por medio de la página web de la Entidad www.cremil.gov.co link notificaciones judiciales.

La suscrita apoderada en Bogotá D.C. en el Edificio Bachué, Carrera 10 N° 27-27, teléfono 3537300. EXT. 7355, teléfono móvil personal número 3166624244 y correo electrónico institucional notificacionesjudiciales@cremil.gov.co, o eramirez@cremil.gov.co.

Cordialmente;



EDNA KATHERIN RAMIREZ ORTIZ
CC. 1.110.466.486 de Ibagué
TP. 194.105 del C. S. de la J.

Anexos: 5 Folios: 85