

PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS – Reconocimiento. Vía gubernativa. No agotamiento / VIA GUBERNATIVA – No agotamiento / DEMANDA – Presentación antes de resolver recurso. Vía gubernativa. No agotamiento

En efecto, se tiene que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares emitió la Resolución No. 2213 del 30 de junio de 2005 a través de la cual negó la inclusión de la prima especial como factor computable para la reliquidación de la asignación de retiro y contra este acto se interpuso recurso de reposición el 4 de agosto de 2005. En este orden de ideas, el término de dos meses con los que contaba la administración para desatar el recurso de reposición vencía el 5 de octubre de 2005 y como la demanda se interpuso por el interesado el 29 de septiembre de 2005, se verifica la ausencia del presupuesto procesal de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho denominado “agotamiento de la vía gubernativa”. Esta falta de agotamiento de la vía gubernativa necesariamente genera fallo inhibitorio porque no puede el juez pronunciarse sobre la legalidad de un acto si no se respetaron los términos con los que la administración contaba para decidir un recurso, así fuera éste facultativo, máxime cuando la administración aún vencido el término de los dos meses no pierde competencia para decidir el recurso. Esta competencia sólo se pierde cuando el interesado acude a la jurisdicción pero una vez configurado el silencio negativo. Para demandar se requiere el agotamiento de la vía gubernativa por acto expreso o presunto y si aún no se ha manifestado la Administración, se estaría demandado incorrectamente, dado que si se han interpuesto los recursos, obligatorios o no, hay que esperar la respuesta o la ocurrencia del silencio para demandar y esto último sólo ocurre cuando ha vencido el término que legalmente se le otorga a la administración y no se ha obtenido respuesta. La carga que al administrado se le atribuye para precisar los actos demandados y cumplir con el agotamiento de los presupuestos de la acción de nulidad y restablecimiento no puede suplirse y es por ello que procede la inhibición frente a los actos expedidos por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, esto es, las Resoluciones Nos. 2213 del 30 de junio de 2005 y 3648 del 13 de octubre de 2005.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 150 NUMERAL 19 / LEY 4 DE 1992 – ARTICULO 1 / LEY 4 DE 1992 – ARTICULO 13 / DECRETO 873 DE 1992 – ARTICULO 1 / DECRETO 10 DE 1993

PRIMA ESPECIAL DE SERVICIO – No es factor de liquidación de prestaciones sociales a partir de la expedición del Decreto 10 de 1993 / ASIGNACION DE RETIRO – No es factor de liquidación la prima especial de servicios a partir de la expedición del Decreto 10 de 1993

La prima especial de servicios regulada a través del Decreto 873 de 1992, perdió vigencia desde la expedición del Decreto 10 de 1993 que de manera expresa derogó el Decreto 873 por lo tanto no era procedente que la entidad pagadora reconociera ni incluyera este rubro como factor para liquidar las prestaciones sociales del actor en ejercicio de su actividad. Claramente los artículos 5 y 6 del Decreto 10 de 1993, estipularon que la prima de que trata dicha norma, reemplaza en su totalidad y deja sin efecto cualquier otra prima a que tengan derechos los funcionarios a que se refiere el Decreto, con excepción de la prima de navidad y haciendo derogatoria expresa de las disposiciones contrarias, en especial el Decreto 873 de 1992. Consecuente con lo expuesto se tiene que la prima que reclama la actor como no pagada a pesar del derecho a percibirla desde el momento en que fue ascendido al grado de General, tuvo vigencia hasta diciembre de 1992, por lo cual y como el ascenso se produjo con posterioridad a la

derogatoria expresa de la norma que reguló dicha prima especial, es decir, con posterioridad al 1 de enero de 1993, la entidad no podía reconocerla y pagarla en la forma que solicita el actor desde el 2001 cuando mediante Decreto fue ascendido al grado de General.

FUENTE FORMAL: DECRETO 873 DE 1992 / DECRETO 10 DE 1993 – ARTICULO 5 / DECRETO 10 DE 1993 – ARTICULO 6

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil once (2011).

Radicación número: 25000-23-25-000-2005-08668-01(1520-08)

Actor: JAIRO GARCIA CAMARGO

Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda –Subsección “D” el 14 de febrero de 2008 mediante la cual declaró no probadas las excepciones propuestas, se inhibió de efectuar pronunciamiento de fondo respecto del acto presunto demandado y negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La demanda. El señor **Jairo García Camargo** a través de apoderado interpone demanda en procura de que se declare la nulidad de los siguientes actos:

- El Oficio No. 3367 de agosto de 2005 suscrito por el Jefe de Desarrollo Humano (E) de la Fuerza Aérea Colombiana mediante el cual se le negó el reconocimiento, liquidación y pago de la prima especial de servicios prevista en el Decreto 873 de 1992.

- El Oficio No. 5065 del 5 de septiembre de 2005 que al resolver el recurso de reposición interpuesto contra el Oficio No. 3367 confirmó la negativa al reconocimiento de la prima especial reclamada.
- La Resolución No. 2213 del 30 de junio de 2005 proferida por el Director de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negándole al señor Jairo García Camargo el derecho a percibir la prima especial.
- El acto ficto producto del silencio de la entidad en cuanto hace referencia al recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 2213 de 2005.

A título de restablecimiento solicita el demandante el reconocimiento y pago en su asignación de retiro y en las prestaciones sociales de la prima especial desde la fecha en que este rubro se hizo exigible para los Generales y el pago de los daños y perjuicios ocasionados con la negativa de la entidad, incluyendo los intereses moratorios y la indexación respectiva.

Como sustentos fácticos refiere el demandante que a través del artículo 15 de la Ley 4 de 1992 se creó una prima especial de servicios sin carácter salarial para los miembros del Congreso que se hizo extensiva a los Ministros del Despacho, los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública mediante Decreto 873 del 2 de junio de 1992, que se posesionen con posterioridad a la expedición de dicho decreto.

Normas violadas y concepto de violación. Para el actor, la administración desconoció los artículos 1, 2, 13, 34, 48, 53, 58 y 215 constitucionales y los artículos 73, 84 del C.C.A., artículo 1º literal d, artículo 2º literal a) y el artículo 15 de la Ley 4 de 1992 y el Decreto 783 de 1992.

Como causales de anulación refiere la vulneración de mandatos superiores porque contrario a los principios constitucionales que protegen el Estado Social de Derecho y la igualdad, la administración niega el reconocimiento de la prima al actor a pesar de encontrarse en condiciones de igualdad con los servidores a quienes si se les cancela dicho rubro.

Contestación a la demanda. La Nación-Ministerio de Defensa Nacional, al contestar la demanda (Fol. 106 a 110) se opone a la prosperidad de las pretensiones y aduce que el Decreto 873 de 1992 que consagró la prima que reclama el demandante, fue derogado de manera expresa por el Decreto 10 de 1993. Señala que teniendo en cuenta que el Decreto 2737 de 2001 y las normas que lo sucedieron, por medio de las cuales se fijaron los sueldos básicos para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares hasta la fecha de su retiro, no contemplaron el pago de la prima especial de servicios y como consecuencia tampoco su cómputo como partida prestacional.

Propone como excepciones la falta de legitimación por pasiva, dada la autonomía presupuestal y administrativa que le asiste a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares para comparecer a un proceso.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a folios 117 a 124 argumenta que la asignación de retiro del actor le fue liquidada conforme a la normatividad vigente y aplicable para el momento en que adquirió el status pensional, es decir, los artículos 234 y 235 del Decreto Ley 1211 de 1990.

Agrega que la prima de servicios que el actor pide se le incluya en su asignación de retiro, desapareció en el año de 1994 y señala que:

“(...) el ascenso al grado de general del señor Jairo García Camargo se dispuso mediante Decreto No. 2585 con novedad fiscal 8 de diciembre de 2001, en tal virtud, teniendo en cuenta que el Decreto 2737 de 2001 y las normas que le sucedieron, por medio de las cuales se fijaron los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las fuerzas militares hasta la fecha de su retiro, **no contemplaron el pago de la prima especial y como consecuencia tampoco su cómputo como partida prestacional** NO ES PROCEDENTE RECONOCER TAL PRIMA toda vez que ni la Fuerza Aérea ni la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares son competentes para modificar derogar lo ordenado por un Decreto expedido por la autoridad competente para fijar las escalas salariales y prestaciones de conformidad con la ley 4 de 1992. (...)”.

Como excepciones propone:

1) Inepta demanda por indebida individualización del acto demandado. Para el actor se genera la inepta demanda porque los Oficios Nos. 3367 y 5065, no fueron emitidos por funcionarios de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y el Oficio

No. 3367 es de carácter informativo y en consecuencia no constituye acto susceptible de demandarse a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Agrega que el actor debió demandar la Resolución No. 0248 del 6 de febrero de 2004 que le reconoció la asignación de retiro y como no lo hizo, se genera la inepta demanda.

2) Caducidad de la acción, porque el acto que debió demandarse, esto es, la Resolución No. 0248 de 2004 que le reconoció la asignación de retiro al demandante, se encuentra ejecutoriada desde el año 2004 y la demanda fue presentada el 29 de septiembre de 2005, superados los 4 meses que la ley le otorga para acudir a la jurisdicción contenciosa.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda “Subsección D”, profirió el 14 de febrero de 2008 sentencia declarando no probadas las excepciones propuestas, inhibiéndose de realizar pronunciamiento de fondo sobre el acto administrativo presunto frente al recurso de reposición interpuesto el 4 de agosto de 2005 contra la Resolución No. 2213 de 2005 y negando las pretensiones de la demanda.

Antes de abordar el punto central de la controversia, señaló el Tribunal que no se pronunciaría de fondo respecto del acto ficto negativo, dado que para la época en que se interpuso la demanda, esto es el 29 de septiembre de 2005, el término que la administración tenía para pronunciarse sobre el recurso de reposición no había vencido.

Luego de enunciar la normatividad creadora de la prima especial de servicios reclamada concluye el Tribunal que con la expedición del Decreto 10 de 1993, los Ministros, Generales y Almirantes de la Fuerza Pública y de Policía quedaron excluidos del beneficio de la prima especial creada mediante los Decretos 873 y 921 de 1993.

Señala textualmente: “(...) al encontrarse probado que mediante Decreto 2585 de 2001 (...) el demandante fue ascendido al grado de General o Almirante a partir

del 8 de diciembre de 2001, resulta improcedente el reconocimiento de la prima especial de servicios deprecado, por cuanto la misma ya no se encontraba vigente. Es de anotar que para la época en la cual el actor ascendió al grado de General, las normas de salario establecieron que la asignación para dicho grado estaría compuesta por el valor establecido como sueldo básico y lo correspondiente a las primas de lo que en todo tiempo devenguen los Ministros del Despacho, de tal suerte que en ningún momento se están desconociendo los derechos laborales del actor, por cuanto la parte demandada sólo está obligada a cancelar los porcentajes que señale la norma (...)"

DEL RECURSO

La parte demandante interpone recurso de apelación para que se revoque la sentencia y se ordene el reconocimiento de la prima especial (Fol. 228 a 229).

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Demandante. La apoderada de la parte demandante bajo los mismos argumentos expuestos en la demanda, solicita se revoque la sentencia y en consecuencia se acceda a sus pretensiones (Fol. 241-242).

Demandada. A folios 243 a 248, la entidad en los mismos términos y bajo el mismo criterio con el que se contestó la demanda, solicita se confirme la sentencia recurrida.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

De la prima especial de servicios. La **Constitución Política** de 1991 en el artículo 150 numeral 19 - literal e) le dio al Congreso la potestad de dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios conforme a los cuales debe sujetarse el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

Mediante la **Ley 4ª de 1992** el Gobierno quedó facultado para fijar, mediante decreto, el régimen salarial de los empleados públicos del orden nacional, como en efecto se estableció en el artículo 1º. Así mismo, en el artículo 2º consagró los objetivos y criterios con fundamento en los cuales habría de fijarse el régimen salarial y prestacional.

La misma ley en su artículo 13 previó en forma especial una nivelación para el personal de la Fuerza Pública, así:

“ART. 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 los principios establecidos en el artículo segundo.

Parágrafo.- La nivelación de que trata el presente artículo debe producirse en las vigencias fiscales de 1993 a 1996.”

Se consagró también una prima especial de servicios sin carácter salarial, para los Magistrados de las Altas Cortes, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, el Fiscal General de la Nación, el Defensor del Pueblo y el Registrador Nacional del Estado Civil. En tal sentido el artículo 15 de Ley 4 de 1992 dispuso: “(...) El gobierno podrá fijar la misma prima para los ministros del despacho, los generales y almirantes de la fuerza pública”.

En virtud de lo anterior, el Gobierno expidió el **Decreto 873 de 2 de junio de 1992** “Por el cual se regula la Prima Especial de Servicios”, consagrando en el artículo 1º lo siguiente:

“(...) La Prima Especial de Servicios de que trata el artículo 15 de la Ley 4ª de 1992, será igual a la diferencia entre los ingresos laborales totales anuales recibidos por los miembros del Congreso, y los que devenguen los funcionarios que tienen derecho a ella.

Tendrán derecho a la Prima Especial de Servicios, de que trata este artículo, los Ministros del Despacho que se posesionen con posterioridad a la publicación del presente decreto y los Generales y Almirantes cuando se presente un ascenso a alguno de dichos grados.”

Con posterioridad el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 10 del 7 de enero de 1993**, por medio del cual se reguló la prima especial de servicios derogando expresamente el Decreto 873 de 1992. El texto del Decreto 10 de 1993 es el que sigue:

“(...) El Presidente de la República de Colombia, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4a. de 1992,

DECRETA:

Artículo 1º.- La prima especial de servicios de que trata el artículo 15 de la Ley 4a. de 1992, será igual a la diferencia entre los ingresos laborales totales anuales recibidos por los miembros del Congreso y los que devenguen los funcionarios que tienen derecho a ella.

Artículo 2º.- Para establecer la prima especial de servicios prevista en el presente Decreto, se entiende que los ingresos laborales totales anuales percibidos por los Miembros del Congreso son los de carácter permanente, incluyendo la prima de Navidad.

Artículo 3º.- Ninguno de los funcionarios a que se refiere el artículo 15 de la Ley 4a. de 1992 podrá tener una remuneración anual total superior a la de un miembro del Congreso.

Artículo 4º.- La prima a que se refiere este Decreto se pagará mensualmente, no tiene carácter salarial y no se tendrá en cuenta para la determinación de la remuneración o haberes de otros funcionarios o empleados de cualquiera de las ramas del Poder Público, Fuerzas Militares, organismo o entidad del Estado.

Artículo 5º.- La prima de que trata este Decreto reemplaza en su totalidad y deja sin efecto cualquier otra prima a que tengan derecho los funcionarios de que trata el presente Decreto, con excepción de la prima de Navidad.

Artículo 6º.- El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación, surte efectos fiscales a partir del 1o. de enero de 1993 y deroga las disposiciones que le sean contrarias en especial el Decreto 873 de 1992 (...)."

La norma que se acaba de transcribir fue demandada en acción de simple nulidad aduciendo como fundamento que la prima especial de servicios establecida en el Decreto 873 y derogada por el Decreto 10 de 1993, creó derechos adquiridos por lo que su derogatoria, que además incide en la asignación de retiro, pensión o sustitución pensional, es arbitraria y violatoria de las normas legales. El proceso correspondiente fue decidido por esta Sección mediante sentencia del 19 de junio de 2008, en la que se determinó que no procedía la anulación de la norma demandada porque:

“(…)Bien podía el Gobierno regular de manera distinta el régimen salarial de los Ministros, Generales y Almirantes, pues la previsión contenida en el artículo 15 de la Ley 4ª de 1992, en manera alguna constituye un mandato de fijarles la misma prima, sino que se trata de una disposición facultativa que deja en manos del Gobierno tal decisión, que en todo caso debe consultar los criterios enunciados en el artículo 2º de la misma ley, como es el caso de los derechos adquiridos, la competitividad, la sujeción al marco de la política macroeconómica y fiscal, el nivel y rango, así como la naturaleza de las funciones, responsabilidades y calidades exigidas.

Frente a los derechos adquiridos, la jurisprudencia ha sentado las bases señalando que son aquellos que han ingresado al patrimonio y que no pueden constituirlos las meras expectativas. Quiere ello decir que en tanto no haya sido menguado el monto salarial de esos funcionarios, no puede hablarse del quebranto de este principio, pues la posibilidad de incrementar sus salarios en los años subsiguientes de una manera determinada, no es más que una simple aspiración sin vocación alguna de generar ninguna titularidad

Es preciso señalar, además, que el Gobierno en el Decreto salarial 25 de 1993 que profirió para las Fuerzas Militares, consagró unas primas de dirección y las demás que devenguen los Ministros del Despacho, adicionalmente a la de alto mando que corresponde a los oficiales de esos grados, lo que bien puede inferirse como la manera de poner en consonancia la remuneración con el rango y responsabilidad de esos cargos. Esta situación surgió a partir del referido Decreto 25, pues los que rigieron con anterioridad y fueron derogados por éste -0921 y 335 de 1992- ninguna mención hicieron a la prima de dirección, pese a que en los artículos 14 y 2º, respectivamente, asignaba a los grados de general y almirante la asignación mensual que devengaban los Ministros del Despacho.

(...)

Por otra parte, no puede predicarse, en este caso, violación alguna del derecho de igualdad, pues el cargo y labor del congresista es sustancialmente diferente y, en esa medida, no surgen parámetros de identidad que permitan una real comparación. Ha dicho la Corte Constitucional frente a este derecho fundamental que la regulación diferenciada es válida cuando la diversidad de trato tiene fundamento objetivo y razonable, de acuerdo a la finalidad perseguida en la norma. (C-475/03)

Adicionalmente, dirá la Sala que la estipulación de la prima especial a favor de Generales y Almirantes, conjuntamente con las primas de dirección y alto mando que se les reconoce, desbordaría sin duda los topes salariales en relación con otros altos cargos, cuya observancia impone el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992.

(...)

(...) la derogatoria del 873 se constituyó en la consecuencia obligada del nuevo régimen salarial que comenzó a regir para el año 1993, respecto de los servidores tantas veces mencionados (...)"¹

En efecto, el **Decreto 25 de 1993** "Por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, oficiales, suboficiales y

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda. C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Arangueren. Expediente No. 5782-05. Actor: Pedro Antonio Herrera Miranda. Demandado: Gobierno Nacional.

agentes de la Policía Nacional y empleados públicos del Ministerio de Defensa, las fuerzas militares y la Policía Nacional, se establecen bonificaciones para alfereces, guardiamarinas, pilotines, grumetes y soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial”, señaló en el artículo 2º lo siguiente:

“(…) Los Oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en los grados de General y Almirante, percibirán por todo concepto una asignación mensual igual a la que devenguen los Ministros del Despacho, como asignación básica y gastos de representación, en todo tiempo, distribuida así: el TREINTA Y CUATRO POR CIENTO (34%) como sueldo básico y el SESENTA Y SEIS POR CIENTO (66%) como prima de alto mando. Esta última no tendrá carácter salarial para ningún efecto.

PARÁGRAFO. Los Oficiales Generales y Almirantes a que se refiere este artículo, tendrán derecho a la prima de dirección y demás primas que devenguen los Ministros del Despacho. La prima de dirección no será un factor salarial para ningún efecto, se pagará mensualmente y es compatible con la Prima de alto mando a que tienen derecho los oficiales en estos grados.

En ningún caso los Oficiales Generales y Almirantes podrán percibir una remuneración superior a la prevista para los Ministros del Despacho.”

Acorde con las prescripciones normativas enunciadas y siguiendo el precedente citado, se concluye que el Gobierno estaba facultado para regular de manera distinta el régimen salarial de los Ministros, Generales y Almirantes, dado que la previsión contenida en el artículo 15 de la Ley 4ª de 1992, en manera alguna constituye un mandato de fijarles la misma prima, sino que se trata de una disposición facultativa que deja en manos del Gobierno tal decisión, que en todo caso debe estar conforme a los criterios enunciados en el artículo 2º de la misma ley.

En este orden y siguiendo con la ejecución de las facultades otorgadas en la Ley 4 de 1992, el Gobierno continuó expidiendo anualmente los Decretos 107 de 1996, 122 de 1997, 58 de 1998 y 1515 de 2007 a través de los cuales fijó los sueldos básicos del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, sin incluir en ninguno de ellos de manera expresa, el derecho a devengar la prima especial de servicios que, como quedó visto, perdió vigencia con la expedición del Decreto 10 del 7 de enero de 1993 que derogó el Decreto 873 de 1992 que reguló la prima especial de servicios.

Sobre el tema la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado se ha pronunciado negando la inclusión de la prima de servicios como factor de liquidación de la asignación de retiro, al concluir que:

“(…)

La prima especial de servicios perdió vigencia desde el 7 de enero de 1993, fecha en la cual fue publicado el Decreto 10 de 1993, que derogó el Decreto 873 de 1992, que otorgaba la prima especial de servicios a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública en servicio, y dado que se encuentra probado en el plenario (fl.31), que al actor, le fue otorgado el ascenso al grado de General el 29 de noviembre de 1994, fecha para la cual ya no estaba vigente la prima especial de servicios, es claro que no es procedente ni la inclusión ni la concesión de la prima solicitada (...).”²

ACTOS DEMANDADOS

Para la Sala es importante determinar con claridad cada uno de los actos demandados dado que los mismos fueron expedidos por distintas dependencias y en tal virtud su análisis debe efectuarse de manera independiente.

Para lograr lo anterior y dado que la petición inicial la radica el señor Jairo García Camargo ante el Ministerio de Defensa Nacional, es necesario que se haga un recuento de la actuación administrativa.

- De la petición de reconocimiento, inclusión en la asignación de retiro, liquidación y pago de la prima de servicios. El 12 de mayo de 2005 el señor Jairo García Camargo radica ante el Ministerio de Defensa Nacional derecho de petición a través del cual solicita el reconocimiento, liquidación y pago de la prima especial (Fol. 3 a 5).

Como sustento de la solicitud el actor señala que en su condición de General (R), tiene derecho a devengar la prima especial regulada en el Decreto 873 de 1992, y

² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Subsección “B”. C. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia del 11 de noviembre de 2009. No. Interno. 0949-08). Actor: Octavio Vargas Silva. Demandado. Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

que no le fue cancelada en actividad ni incluida como factor de liquidación de su asignación de retiro.

Hasta aquí es claro que el interesado no sólo pretende la reliquidación de su asignación de retiro incluyendo como factor computable la prima especial, sino también que se reliquen las prestaciones que percibió en actividad y dentro de las cuales tampoco se tomó como factor la prima especial de servicios regulada mediante Decreto 873 de 1992.

La respuesta de la entidad. Como la petición la dirige y radica el actor ante el Ministerio de Defensa Nacional, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de dicho ministerio, le informa que el derecho de petición fue remitido por “competencia al Director de Personal de la Fuerza Aérea Colombiana y al Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (...) quienes oportunamente atenderán su solicitud. (...)”. Fol. 6.

El 18 de julio de 2005 el señor Jairo García Camargo a través de apoderado, solicita al Ministerio de Defensa Nacional se le de una respuesta al escrito radicado el 27 de mayo de 2005, al considerar que el traslado que de la petición se hizo al Director de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y al Director de Personal de la Fuerza Aérea, no da cumplimiento a la obligación de dar respuesta en los términos legales (Fol. 7 a 9).

Mediante comunicación No. 32998 MDJNG-720 del 28 de julio de 2005 el ministerio da respuesta al anterior escrito en los siguientes términos:

“(...) este Ministerio actuó conforme a lo establecido en el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo enviando sus solicitudes a la Dirección de Personal de la Fuerza Aérea Colombiana a quien le compete pronunciarse frente al reconocimiento de la prima especial en el tiempo que los señores Generales ® eran miembros activos de esa Fuerza, y a la Caja de Retiro de las Fuerzas militares, entidad descentralizada con personería jurídica independiente la cual se debe pronunciar frente a la prima solicitada por sus representados durante el tiempo que éstos han estado retirados de las Fuerzas Militares. Lo anterior, con el fin de que emitan pronunciamiento de fondo y de esta forma dar inicio a la actuación administrativa correspondiente (...)”. Fol. 11.

El 3 de agosto de 2005 a través del Oficio No. 3367 JED-DIPRE-SUREC-714, el Jefe de Desarrollo Humano (E) de las Fuerzas Militares de Colombia da respuesta

al derecho de petición elevado por Jairo García Camargo. En esta comunicación se le informa al peticionario que frente a la norma que regulaba la prima especial se presentó el decaimiento y la pérdida de fuerza ejecutoria por lo que no es procedente acceder a su reconocimiento. Textualmente señala:

“ (...) Este fenómeno ocurrió en relación con la prima especial de servicio derecho que fue consagrado por el Decreto 873 de 1992 y que dejó de ser aplicable por la expedición del Decreto 10 de 1993 que lo derogó en forma expresa; sin embargo como es la generalidad en los años subsiguientes a 1992, el Gobierno Nacional ha expedido los decretos correspondientes que fijan la asignación salarial de los señores oficiales de la Fuerza Pública, quedando por tanto este personal dentro del cual usted se encuentra, bajo las condiciones salariales y prestacionales fijadas en los decretos anuales, que dicta el Gobierno Nacional en cumplimiento del mandato de la Ley 4 de 1992.

Verificada en la base de datos de personal se encuentra que su ascenso al grado de General se dispuso mediante Decreto 2585 con novedad fiscal 08 de diciembre de 2001, en tal virtud, me permito informarle que teniendo en cuenta que el Decreto 2737 del 2001 y las normas que le sucedieron por medio de las cuales se fijaron los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de la Fuerzas Militares hasta la fecha de su retiro, no contemplaron el pago de la prima especial y como consecuencia tampoco su cómputo como partida prestacional, no es procedente acceder a lo solicitado (...)” Fol. 13-14.

Contra la anterior negativa al reconocimiento de la prima especial, se interpuso recurso de reposición el 9 de agosto de 2005 (Fol. 15 a 20).

El 5 de septiembre de 2005 y a través del Oficio No. 5065 se resuelve el recurso de reposición confirmando, sin nuevos argumentos, la negativa al reconocimiento (Fol. 22 a 23).

A su turno, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante Resolución No. 2213 del 30 de junio de 2005 “(...) resuelve una petición sobre Prima Especial de Servicios”. En este acto administrativo la entidad afirma que el Decreto 3552 del 10 de diciembre de 2003 que fijó los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de la Fuerzas Militares no considera en ninguno de sus apartes la prima especial de servicios como partida computable para liquidar la asignación de retiro, por lo tanto no es procedente acceder a lo pedido.

Agrega la entidad que: “(...) mediante sentencia C-432 de 2004 proferida por la Corte Constitucional fue declarado inexecutable el Decreto 2070 de 2003, sentencia

que generó la vigencia automática del Decreto 1211 de 1990 el cual en su artículo 158 señala taxativamente las partidas computables para el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, que coinciden con las establecidas en el Decreto 2070 de 2003. Que existe fundamento legal en la taxatividad del artículo 13 del Decreto 2070 de 2003 y del artículo 158 del Decreto Ley 1211 de 1990, que prohíbe la inclusión de cualquier otra partida señalada, prima, auxilio, bonificación y compensación por fuera de las mencionadas en la norma, para efecto del reconocimiento de la asignación de retiro (...). Fol. 24-25.

Contra lo decidido el peticionario interpone recurso de reposición mediante escrito radicado el 4 de agosto de 2004 insistiendo en que le asiste el derecho a percibir la prima especial (Fol. 27-29).

La entidad mediante Resolución No. 3648 del 13 de octubre de 2005 decide confirmar la Resolución No. 2213 bajo los siguientes argumentos:

“(...) Al desvincularse el militar del servicio activo y haber consolidado el derecho a devengar asignación de retiro, tal prestación deberá sujetarse, como en efecto se hizo, al precepto legal sobre la materia, vigente para la época de su retiro, contenido en el artículo 13 del Decreto 2070 de 2003, estatuto que regula las prestaciones sociales de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, y el cual establece que las prestaciones por retiro se liquidarán sobre las siguientes partidas:

13.1. Oficiales y Suboficiales

13.1.1. Sueldo básico

13.1.2. Prima de actividad

13.1.3. Prima de antigüedad

13.1.4. Prima de estado mayor

13.1.5. Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6º del presente Decreto

13.1.6. Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7. Subsidio familiar e el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de la novedad fiscal del retiro.

13.1.8. Duodécima parte de la prima de navidad devengada.

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, **ninguna de las demás primas**, subsidio, bonificaciones, auxilios y compensaciones, **serán computables para efectos de asignación de retiro**, pensiones y sustituciones pensionales.

Ahora bien, con referencia al cómputo de la Prima Especial de Servicios, es necesario anotar que dicha prima no esta contemplada en la normatividad como partida computable para efectos de asignación de retiro (...). (Fol. 125 a 127).

Teniendo en cuenta la transcripción casi textual de cada uno de los actos demandados precisa la Sala que a través de ellos las entidades demandadas niegan el reconocimiento, liquidación y pago de la prima especial de servicio que el señor Jairo García Camargo en su condición de General retirado reclama.

No obstante lo anterior, surge una situación particular que debe precisar la Sala ateniendo a que el juez de primera instancia la menciona en su fallo cuando al analizar los actos demandados señala que no es posible emitir pronunciamiento respecto del acto presunto producto del silencio, dado que la demanda contra este y los restantes actos se presentó antes de vencerse el término que la administración tenía para desatar el recurso de reposición.

En efecto, se tiene que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares emitió la Resolución No. 2213 del 30 de junio de 2005 a través de la cual negó la inclusión de la prima especial como factor computable para la reliquidación de la asignación de retiro y contra este acto se interpuso recurso de reposición el 4 de agosto de 2005.

En este orden de ideas, el término de dos meses³ con los que contaba la administración para desatar el recurso de reposición vencía el 5 de octubre de 2005 y como la demanda se interpuso por el interesado el 29 de septiembre de 2005 (Fol. 98vto), se verifica la ausencia del presupuesto procesal de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho denominado “agotamiento de la vía gubernativa”.

Esta falta de agotamiento de la vía gubernativa necesariamente genera fallo inhibitorio porque no puede el juez pronunciarse sobre la legalidad de un acto si no se respetaron los términos con los que la administración contaba para decidir un recurso, así fuera éste facultativo, máxime cuando la administración aún vencido el término de los dos meses no pierde competencia para decidir el recurso. Esta competencia sólo se pierde cuando el interesado acude a la jurisdicción pero una vez configurado el silencio negativo.

Para demandar se requiere el agotamiento de la vía gubernativa por acto expreso o presunto y si aún no se ha manifestado la Administración, se estaría demandado

³ Artículo 60 del C.C.A. “Silencio Administrativo. Transcurrido un plazo de dos (2) meses, contado a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa. (...) La ocurrencia del silencio negativo previsto en el inciso 1º, no exime a la autoridad de responsabilidad; ni le impide resolver mientras no se haya acudido ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo”

incorrectamente, dado que si se han interpuesto los recursos, obligatorios o no, hay que esperar la respuesta o la ocurrencia del silencio para demandar y esto último sólo ocurre cuando ha vencido el término que legalmente se le otorga a la administración y no se ha obtenido respuesta.

Así las cosas, tampoco puede el juez contencioso pronunciarse de oficio sobre la legalidad del acto que desató el recurso de reposición y que para el caso está constituido por la Resolución No. 3648 del 13 de octubre de 2005 que fue aportada al expediente por la entidad al contestar la demanda (Fol. 39) y que fue conocida por el señor Jairo García Camargo (Fol. 28 a 130) con anterioridad al vencimiento del término de fijación en lista, en razón a que no fue demandada a pesar de tener la posibilidad de hacerlo a través de la figura de la aclaración o corrección de la demanda en los términos y oportunidad prevista en el artículo 208 del C.C.A.

La carga que al administrado se le atribuye para precisar los actos demandados y cumplir con el agotamiento de los presupuestos de la acción de nulidad y restablecimiento no puede suplirse y es por ello que procede la inhibición frente a los actos expedidos por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, esto es, las Resoluciones Nos. 2213 del 30 de junio de 2005 y 3648 del 13 de octubre de 2005.

Finalmente precisa la Sala que el juez de primera instancia no debió entender los actos demandados, es decir, la Resolución No. 2213 de 2005 y el acto presunto demandado, como independientes puesto que, es claro que conforman una unidad y como tal debe analizarse su legalidad.

Consecuente con lo anterior, la Sala revocará en este sentido la sentencia impugnada y se declarará inhibida para pronunciarse sobre la legalidad de los actos demandados expedidos por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Ahora, frente a los restantes actos demandados suscritos por el Jefe de Desarrollo Humano de las Fuerzas Militares de Colombia y constituidos por los Oficios Nos. 3367 del 3 de agosto de 2005 y 5065 del 5 de septiembre de 2005, a través de los cuales se da respuesta al derecho de petición elevado y radicado ante el Ministerio de Defensa y trasladado a la dependencia de Desarrollo Humano de las Fuerzas Militares, la Sala encuentra que en cuanto le niegan al actor la petición de

reconocimiento, inclusión y pago de la prima especial de servicios en la base liquidatoria de sus prestaciones sociales, se tornan en demandables y el estudio de legalidad procede efectuarlo por la Sala atendiendo a lo que resultó probado.

De los hechos relevantes. Al interior del proceso ordinario se lograron demostrar los siguientes supuestos relevantes para desatar el problema jurídico propuesto.

- Mediante Decreto No. 2585 del 30 de noviembre de 2001 expedido por el Presidente de la República, el señor Jairo García Camargo fue ascendido al grado de “General” (Fol. 50 a 51).

- Del retiro del actor del servicio activo. El Presidente de la República a través del Decreto 3406 del 28 de noviembre de 2003 en ejercicio de las facultes constitucionales y legales, en especial la conferida por el artículo 99 del Decreto Ley 1790 de 2000, retira del servicio activo de la Fuerza Aérea Colombiana en forma temporal con pase a reserva y por solicitud propia, al señor General Jairo García Camargo (Fol. 52).

En el artículo 2º del acto de reconocimiento de asignación de retiro, se señaló que “El señor General Jairo García Camargo, continuará dado de alta por el lapso de tres (3) meses, contados a partir de la fecha de retiro en la Tesorería Principal del Comando de la Fuerza Aérea Colombiana, en los términos y para los efectos del artículo 1 del Decreto Ley 1211 de 1990”.

- De los pagos mensuales efectuados al señor Jairo García Camargo con posterioridad a su ascenso a General. A folios 71 a 78 se encuentran anexos en copia simple los comprobantes de nómina de noviembre y diciembre de 2001, de enero de 2002, de julio de 2003, noviembre de 2003 y febrero de 2004, en los que se relacionan los rubros cancelados mensualmente sin que aparezca como cancelada la prima de especial de servicios del Decreto 873 de 1992.

De la misma forma en el acto de liquidación de las prestaciones sociales reconocidas al señor Jairo García Camargo, esto es, la Resolución No. 0047 del 21 de enero de 2004 se incluyeron como partidas computables además del sueldo básico, el subsidio familiar, la prima de actividad, la prima de gastos de representación, la prima de estado mayo, la prima de antigüedad/servicio, la prima de vuelo y las doceavas partes de la prima de navidad (Fol. 69). Aquí tampoco se

incluye como factor la prima especial de servicio que se reclamó en sede gubernativa y ahora en sede judicial.

- Del reconocimiento de la asignación de retiro. Según Resolución No. 0248 del 6 de febrero de 2004 suscrita por el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Fol. 66 a 68), el señor Jairo García Camargo fue retirado de la actividad militar por solicitud propia, desde el 27 de febrero de 2004 con el grado de General de la Fuerza Aérea.

Así mismo se lee en la citada Resolución 0248 que la asignación de retiro equivale al 95% del sueldo de actividad correspondiente a su grado y que según lo establece el Decreto 3552 de 2003 se computaron las siguientes partidas:

Prima de actividad	33%
Prima de antigüedad	39%
Subsidio familiar	30%
Prima de estado mayor	20%
Prima de vuelo	61%
Gastos de representación	30%
Prima de navidad	1/12

ANALISIS DEL CARGO

Le atribuye el actor a los actos demandados, suscritos por el Jefe de la Oficina de Desarrollo Humano de las Fuerzas Militares, como causal de anulación la vulneración de los preceptos constitucionales relacionados con la igualdad, los derechos adquiridos, la seguridad social, el derecho a percibir salario proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, y los principios de irrenunciabilidad, favorabilidad y primacía de la realidad sobre las formas. Además señala que se vulneran los artículos 1 literal d); 2 literal a) y 15 de la Ley 4 de 1992.

Para desatar este cargo, la Sala encuentra que tal y como se describió en el marco normativo y jurisprudencial, la prima especial de servicios regulada a través del Decreto 873 de 1992, perdió vigencia desde la expedición del Decreto 10 de 1993 que de manera expresa derogó el Decreto 873 por lo tanto no era procedente que la entidad pagadora reconociera ni incluyera este rubro como factor para liquidar las prestaciones sociales del actor en ejercicio de su actividad.

Claramente los artículos 5 y 6 del Decreto 10 de 1993, estipularon que la prima de que trata dicha norma, reemplaza en su totalidad y deja sin efecto cualquier otra prima a que tengan derechos los funcionarios a que se refiere el Decreto, con excepción de la prima de navidad y haciendo derogatoria expresa de las disposiciones contrarias, en especial el Decreto 873 de 1992.

Consecuente con lo expuesto se tiene que la prima que reclama la actor como no pagada a pesar del derecho a percibirla desde el momento en que fue ascendido al grado de General, tuvo vigencia hasta diciembre de 1992, por lo cual y como el ascenso se produjo con posterioridad a la derogatoria expresa de la norma que reguló dicha prima especial, es decir, con posterioridad al 1 de enero de 1993, la entidad no podía reconocerla y pagarla en la forma que solicita el actor desde el 2001 cuando mediante Decreto fue ascendido al grado de General.

El anterior argumento guarda coherencia con lo señalado en las sentencias proferidas por la Sección Segunda de esta Corporación al decidir la legalidad del Decreto 10 de 1993 y por la Subsección “B” al desatar una acción de nulidad y restablecimiento del derecho en la que en similares términos se reclamaba la inclusión de la prima especial de servicios en las prestaciones devengadas en actividad y como factor computable en la base liquidatoria de la asignación de retiro, y a las que se hizo referencia y transcripción de algunos apartes relevantes en el acápite de marco normativo y jurisprudencial de esta providencia.

Para la Sala entonces, se debe mantener la presunción de legalidad de los actos demandados constituidos por las Resoluciones Nos. 3367 del 3 de agosto de 2005 y 5065 del 5 de septiembre de 2005 suscritos por el Jefe de Desarrollo Humano de las Fuerzas Militares de Colombia – Fuerza Aérea y negar las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero. MODIFÍCASE el numeral segundo de la sentencia apelada proferida el 14 de febrero de 2008 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar se dispone:

1. DECLÁRASE inhibida la Sala para efectuar estudio de legalidad sobre los actos expedidos por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares ante la ausencia del presupuesto procesal de la acción denominado “falta de agotamiento de la vía gubernativa”.

Segundo. CONFÍRMASE el numeral segundo de la providencia recurrida, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 14 de febrero de 2008, en cuanto negó las pretensiones anulatorias de los restantes actos demandados expedidos por las Fuerzas Militares de Colombia – Fuerza Aérea.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE. EJECUTORIADA ESTA PROVIDENCIA DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ