



Cartagena de Indias D. T. y C., primero (1) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES.

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13-001-33-33-004-2015-00071-01
Demandante:	José Gustavo Hernández Martín
Demandado:	CREMIL
Asunto	Prima de actualización - IPC
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 23 de mayo de 2016, mediante la cual el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena negó las suplicas de la demanda.

III. ANTECEDENTES

3.1 La demanda (f. 3 – 12).

a. Pretensiones: El demandante solicitó lo siguiente.

PRIMERA: Que se declare nulo el acto administrativo contenido en escrito CREMIL de fecha 4 de marzo del 2013, emanado de...CREMIL radicada con el número 0009172, que implica la negación del derecho al reconocimiento y pago de lo solicitado mediante petición de fecha 29 de enero del 2013, radicada con el número 5572 donde se solicitó... el reconocimiento y pago de LA PRIMA DE ACTUALIZACION consagrada en la ley 4ª de 1992, Decreto 335 de 1992 y 25 de 1993, 64 de 1994 y 133 de 1995 y el reajuste de su asignación de retiro con base en el Índice de Precios al Consumidor a partir del año 2006 al 2012 en adelante, como lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y 238 de 1995.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior nulidad y a título de Restablecimiento del Derecho se condene a...CREMIL a lo siguiente:

A- A reliquidar la asignación de retiro de mi mandante con el fin de incorporar en la misma los conceptos solicitados que no se tuvieron en cuenta al momento de establecer la misma como son la PRIMA DE ACTUALIZACION consagrada en la Ley 4ta de 1992, Decreto 335 de 1992 y 25 de 1993, 64 de 1994 y 133 de 1995.

B- Que a partir del año 2006 al 2012 y en lo sucesivo hasta que se produzca el fallo con la inclusión en nómina SE RECONOZCA, REAJUSTE Y RELIQUIDE LA ASIGNACION DE RETIRO O PENSION DEL ACTOR, así como los excedentes porcentuales que resulten al establecer matemáticamente las diferencias entre el monto de los incrementos anuales en la asignación de retiro, con base en el principio de oscilación previsto en el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 y el porcentaje de Índice de Precios al Consumidor establecido por el DANE para el año inmediatamente anterior, con fundamento en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y la 238 de 1995 y de acuerdo al cuadro anexo de liquidación, referente a la estimación razonada de la cuantía.





C- Que se tenga en cuenta para el reajuste pensional para cada año que se reclama, los porcentajes diferenciales y que consecuentemente la diferencia resultante en cada vigencia se acumule año tras año a objeto de establecerse el porcentaje que debe incrementarse en la asignación de retiro del actor.

TERCERO: Que se tenga en cuenta al momento de resolver sobre la admisibilidad de la demanda, la no procedencia del requisito de procedibilidad exigido por el artículo 161 del Código Contencioso Administrativo, dado que la prestación demandada es de carácter de derecho irrenunciable e igualmente no conciliable.

CUARTO: PAGAR la diferencia resultante entre lo pagado y lo que debió pagarse por concepto de no haberse reajustado al actor el sueldo básico tomándose como referente la nueva asignación básica reajustada al grado de GENERAL del 35.66%.

QUINTO: Condenar igual a las entidad demandada a pagar las sumas indexadas que resulten por concepto del reajuste en los términos de los artículos 192 a 195 de la Ley 1437 de 2011 desde el momento en que el derecho se hizo exigible hasta que se haga efectivo el pago a fin de preservar el poder adquisitivo de estos valores con la inclusión en nómina.

SEXTO: Que el cumplimiento de la sentencia se de acuerdo a lo previsto en los artículos 192 y 193 del C.C.A. (...)

b. Hechos:

El demandante afirmó que CREMIL, mediante Resolución No. 4223 del 29 de diciembre de 2006, le reconoció una asignación de retiro, sin tener en cuenta la prima de actualización consagrada en la Ley 4º de 1992, Decreto 335 de 1992, 25 de 1993, 64 de 1994 y 133 de 1995.

El 29 de enero de 2013 solicitó que se le reconociera los conceptos de la prima de actualización consagrada en las normas mencionadas, y en la sentencia 327 del 2015 del Consejo de Estado, petición que fue negada.

c) Normas violadas y concepto de la violación.

La parte demandante afirmó que el acto acusado violó los artículos 1, 6, 13, 25, 48, 53, 58, 90 y 229 de la Constitución Política; 10, 1026 y 2300 del C.C.; 3 de la Ley 153 de 1887; 107 y 108 del C.P.; numerales 1, 18, 20 del artículo 23, 115, 116, 117 y 175 del C.P.C., 16 de la Ley 446 de 1998; 45, 57, 61, 84, 132, 134 a 139, 141, 168, 176, 206 y s.s. y 267 del C.C.A.; numeral 1 y 18 del artículo 5 y 10 del C.P.T.; 169, 174 del Decreto 1211/90, 110 y 113 del Decreto 121/90; 80, 142, 279 de la Ley 100/93, Decreto 122/90 y la Ley 238/95, y explicó el concepto de la violación en los términos que se resumen:

Mediante las sentencias del Consejo de Estado del 14 de agosto de 1997 y 6 de noviembre del mismo año, el derecho a percibir la prima de actualización se extendió al personal retirado de la Fuerza Pública, y por ello debía ser incluida en la correspondiente asignación de retiro.





El acto acusado viola el principio constitucional de igualdad consagrado en la Constitución Política, como quiera que a más de 3127 ex agentes retirados de la Policía Nacional y de la Armada Nacional que reciben una asignación mensual de retiro, se les ha concedido estos derechos mediante los fallos emitidos por los diferentes Tribunales del país.

CASUR y CREMIL y la Caja General de Policía Nacional - CAGEN han querido alegar que este derecho ha prescrito en cuanto a su término de reclamo.

La prescripción de derecho que alegan las Cajas no puede ser tenida en cuenta como excepción de no pago y reconocimiento del derecho solicitado, toda vez que el derecho a reclamarlo surgió como efecto de la sentencia del Consejo de Estado que permitió la aplicación de la prima de actualización al personal en uso de retiro de la Fuerzas Militares y de Policía. En consecuencia no puede prescribir el derecho con anterioridad a la posibilidad de reclamación.

El Consejo de Estado señaló que *"según el criterio mayoritario que fue adoptado por los miembros de la Corporación, se ha considerado que al haber sido establecida la prima de actualización a favor de los oficiales en servicio activo, había un obstáculo de carácter legal que no permitía hacer exigible el derecho para los oficiales en situación de retiro, vale decir, que la exigibilidad sólo tiene lugar desde la expedición de las sentencias de 14 de agosto y 6 de noviembre de 1997 dictadas por esta Sección en los procesos 9922 y 11423, mediante las cuales se declaró la nulidad de las expresiones "que la devenguen en servido activo" y "reconocimiento de", contenidas en el parágrafo del artículo 28 del decreto 25 de 1993 y 65 de 1994 y en el artículo 29 del decreto 133 de 1995".* Luego, no prescribía ese derecho, cuando la norma legal pertinente que regulaba la prima de actualización impedía su exigibilidad a los oficiales que se encontraban en situación de retiro.

El derecho al reconocimiento del pago de la prima de actualización para los suboficiales en situación de retiro nació a la vida jurídica el 1º de enero de 1992, por virtud de los efectos de las sentencias comentadas.

Por otro lado, la accionada, al negar la petición presentada, dio lugar a que se desconocieran los reajustes solicitados, es decir, los aumentos a las asignaciones de retiro que la Fuerza Pública tiene a su cargo, los cuales fueron reajustados de conformidad con las disposiciones vigentes, tomando en cuenta los decretos que anualmente expide el Gobierno y no el I.P.C. que resultaba más favorable.

3.2. Contestación. (fs. 59 - 71).

La apoderada de CREMIL se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo los argumentos que a continuación se resumen:



La prima de actualización fue creada con carácter temporal y no puede extenderse más allá del término de su vigencia, es decir, el 31 de diciembre de 1995, entre otras cosas por 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 párrafo del mencionado artículo.

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.

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 básico 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 básico, 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 básico 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 básico 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.

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. (Fs. 130 – 141)

Mediante sentencia de 23 de mayo de 2016 el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte accionante.



Para sustentar su decisión adujo que no le asiste razón a la parte demandante al pretender que se le incluya como factor de liquidación de su asignación de retiro la prima de actualización, dado su carácter de temporal, pues solo estuvo vigente hasta 1995.

Por otro lado, sostuvo que el incremento del IPC sobre la asignación de retiro solo se aplica para los años 1996 a 2004, cuando el reajuste con el principio de oscilación fuera menor que el I.P.C., y en el caso del demandante la asignación de retiro le fue reconocida a partir del 16 de enero de 2007, y por ello no tiene derecho al reajuste solicitado.

V. RECURSO DE APELACIÓN (fs. 158-164)

La parte demandante, a través de su apoderado, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia aduciendo, en resumen, que la decisión del juez de hacer prevalecer las disposiciones legales que privilegian la aplicación del principio de oscilación a las asignaciones de retiro de los miembros de la fuerza pública, aún en los eventos en que resulta inferior al incremento del índice de precios al consumidor, desconoce la supremacía de la Constitución, cuyos artículos 48 y 53 garantizan el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, así como el artículo 13 ibídem, que establece el derecho a la igualdad. Esto último porque los titulares de las asignaciones de retiro no podrán mantener su poder adquisitivo, como sí lo hacen quienes se rigen por la Ley 100/93, cuya aplicación solicita con apoyo en los principios de favorabilidad, indubio pro-operario y condición más beneficiosa.

El reajuste de su asignación con fundamento en el IPC debe ser reconocido, toda vez que durante la vigencia del Decreto 1211/90 que regula la carrera de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de Policía, se ha venido aplicando el artículo 151 que contempla "el principio de oscilación", el cual dispone que las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata este decreto se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones del personal en actividad para cada grado.

Señaló además que CREMIL, para hacer los aumentos anuales a las asignaciones de retiro, toma lo dispuesto en el artículo 169 del Decreto 1212/90, y espera a que el Gobierno Nacional expida el decreto mediante el cual fija los sueldos básicos de los miembros activos de la fuerza pública, y sobre esa nueva base liquida las pensiones y asignaciones de retiro de conformidad con el grado que observa si el porcentaje incrementado está ajustado a la Constitución y la ley.

Alegó que, los decretos 107/96, 122/97, 58/98, 272/00, 2737/01, 745/02, 3552/03 y 4158/04, mediante los cuales se fijan las asignaciones básicas para personal





activo de la Fuerza Pública en el respectivo año, no señalan expresa ni tácitamente ningún tipo de incrementos para las pensiones y asignaciones de retiro a cargo de las Cajas de Retiro.

Consideró irregular el procedimiento de la Caja, pues al aplicar los aumentos de las asignaciones de retiro no ha tenido en cuenta que los porcentajes incrementados a los salarios del Personal Activo en varias oportunidades han sido inferiores al I.P.C. del año anterior, lo que los hace inaplicables legalmente para el caso de las pensiones a su cargo, que no pueden ser inferiores al IPC del año anterior, por mandato de los artículos 48 y 53 constitucionales que consagran el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones.

VI. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 22 de agosto de 2016 se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante (f. 4, C-2), y en providencia de 30 de noviembre de 2016 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 7, C-2). - Los sujetos procesales no intervinieron en esta oportunidad.

VII.- CONTROL DE LEGALIDAD

Agotadas las etapas procesales propias de la instancia sin que se adviertan motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, procede el Tribunal a decidir de fondo el recurso en estudio.

VIII.- CONSIDERACIONES

8.1. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente recurso de apelación de conformidad con el artículo 153 del C.P.A.C.A, que establece que las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos, y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como el recurso de queja cuando no se conceda el de apelación, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, serán conocidas por los Tribunales Administrativos en segunda instancia, conforme las reglas de competencia territorial.

8.2 Problema Jurídico

Corresponde a la Sala establecer si resulta procedente el reajuste de la asignación de retiro del demandante con base en el incremento del índice de precios al consumidor certificado por el DANE, a partir del año 2006 como lo reclama el demandante, en aplicación de la Ley 100/93 y de los principios de favorabilidad, interpretación pro operario y condición más beneficiosa.



8.3 Tesis de la Sala

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, en razón a que no le asiste derecho al actor al reajuste de su asignación de retiro con base en el IPC, debido a que la misma se reconoció a partir del 13 de enero de 2007, encontrándose vigente la Ley 923/04 y su Decreto Reglamentario 4433/04 que establecieron nuevamente el principio de oscilación, para el incremento de dichas asignaciones, e impidieron la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993¹, que se había venido aplicando por razones de favorabilidad por virtud de la Ley 238 de 1995, que permitía acogerse al incremento con base en el IPC.

Los principios de favorabilidad, interpretación pro operario y condición más beneficiosa no se aplican al caso porque no se cumplen las condiciones exigidas por la jurisprudencia constitucional para el efecto.

8.4 Marco normativo y criterios jurisprudenciales aplicables al reconocimiento de la prima de actualización.

8.4.1. Procedencia del reajuste de asignaciones de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares conforme al IPC.

La Sala tendrá en cuenta que en reiterada jurisprudencia de este Tribunal y del H. Consejo de Estado se ha venido afirmando que el sistema de oscilación para el reajuste de las pensiones y asignaciones de retiro del personal de la fuerza pública, en algunos casos, fue inferior al índice de precios al consumidor lo que condujo a la pérdida del poder adquisitivo de las mismas, razón por la cual, con fundamento en el principio de FAVORABILIDAD se consideró procedente la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993², pues a pesar de que en su artículo 279 ibídem se excluye de su aplicación a este personal, la Ley 238 de 1995

¹ **Artículo 14: REAJUSTE DE PENSIONES:** con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, mantenga su poder adquisitivo constante, se reajustaran anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual de índice de Precio al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno".

² **Artículo 14: REAJUSTE DE PENSIONES:** con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, mantenga su poder adquisitivo constante, se reajustaran anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual de índice de Precio al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno".



que adiciona el artículo 279 de la misma disposición normativa, elimina dicha exclusión.

Al respecto, en sentencia de fecha 9 de junio de 2011, el H. Consejo de Estado con ponencia de la Consejera BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PAEZ precisó que se debe dar aplicación al principio de favorabilidad en el reajuste de las asignaciones de retiro, con base en el IPC previsto en el artículo 14 de la ley 100 de 1993 y no al principio de oscilación del régimen especial. Apoyó su decisión en sentencia de esa misma corporación con ponencia del Consejero JAIME MORENO GARCÍA de fecha 17 de mayo de 2007, en la que resaltó en lo relevante:

".. Y la sala encuentra que la Ley 238 de 1995 es más favorable para el demandante que la ley 4ª de 1992 y el Decreto 1212 de 1990, porque al hacer la comparación entre los reajustes pensionales derivados del aumento de las asignaciones en actividad de los oficiales de la Policía Nacional establecidos en los decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1992, 2724 de 2000 y los que resultan de la aplicación del artículo 14 de la ley 100 de 1993, se evidencia que la aplicación de este sistema de reajuste resulta ser cuantitativamente superior (...) el artículo 53 de la Constitución Política ordena darle preferencia a la norma más favorable, en la hipótesis de que llegare a haber duda en su aplicación, para que la Sala no la hay, por lo dicho anteriormente"...

En conclusión, es procedente reajustar la asignación de retiro de los miembros de la Fuerzas Militares conforme al IPC frente al principio de favorabilidad, reajuste que encuentra un límite temporal hasta el año 2004, debido a que con la expedición de la Ley 923 de 2004, reglamentada por el artículo 42 del Decreto 4433 del mismo año, se volvió a establecer el régimen de oscilación como sistema de reajuste de las asignaciones de retiro.

La Sala, también tendrá en cuenta el pronunciamiento del H. Consejo de Estado, por intermedio de la Subsección "B" de la Sección Segunda, en sentencia de agosto 21 de 2008, C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. Int. 0663-08, al resolver un caso concreto de reclamación de corrección del reajuste pensional (de la asignación de retiro) para aplicar el IPC conforme al art. 14 de la Ley 100 /93,³ aclarando que esa forma de liquidación resulta aplicable a partir de 1995 y hasta el 2004. Sostuvo en lo relevante:

"El ajuste de pensiones y asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública debe hacerse conforme al I.P.C. de que trata el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, por remisión expresa que hiciera el propio Legislador en la Ley 238 de 1995. A lo anterior se agrega, que además de la aplicación del ajuste del I.P.C. por remisión expresa del Legislador, la Sala también llegó a tal conclusión en razón del principio constitucional de favorabilidad que, por lo general, gobierna a los regímenes especiales, como es el caso de los miembros de la Fuerza Pública.

El ajuste de las asignaciones de retiro a partir del año de 1995 deberá hacerse con fundamento en el I.P.C. que certifique el DANE; fórmula aplicable hasta el año de 2004,

³ La aplicación del IPC en los reajustes de asignaciones de retiro también se admitió en la Sentencia de mayo 17 de 2007, exp. 8464-05, de la Subsección A de la Sección 2ª del Consejo de Estado, C. P. Jaime Moreno García.



en razón de que el propio Legislador volvió a consagrar el sistema de oscilación como la forma de incrementar las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, a través del artículo 3 [3.13] de la Ley 923 de 2004, el cual fue reglamentado por el artículo 42 del Decreto 4433 del mismo año."

En decisión más reciente, contenida en sentencia de tutela de fecha 23 de febrero de 2012⁴, el H. Consejo de Estado fue enfático en el criterio jurisprudencial reiterado que deben respetar las autoridades judiciales sobre la aplicación de la Ley 238 de 1995 cuando resulte más favorable la aplicación del IPC que el principio de oscilación para incrementar las asignaciones de retiro; así como el límite de la aplicación del IPC y la prescripción de mesadas.

En conclusión, resulta procedente incrementar la base de liquidación de la mesada pensional con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor hasta el 31 de diciembre de 2004, resultando claro que por ese hecho el monto se va incrementando de manera cíclica y a futuro de manera ininterrumpida, pues las diferencias reconocidas a la base pensional sí deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores.

8.5. Pruebas relevantes para decidir

- Copia de la Resolución No. 4223 de 2006, mediante la cual CREMIL reconoció la asignación de retiro del actor (fs. 31-33).
- Copia del Oficio No. 0009172, consecutivo No. 2013-9172 del 4 marzo de 2013, por medio del cual CREMIL, negó el reajuste de la asignación de retiro del demandante con base en el IPC (f. 25).
- Copia de la certificación suscrita por el Profesional del Grupo de Gestión Documental, por medio de la cual señala las partidas computables tenidas en cuenta para liquidar la asignación de retiro del actor (fs. 27).

8.6. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

En la demanda el accionante solicitó i) la reliquidación y el correspondiente reajuste de su asignación de retiro, con la incorporación de los valores resultantes del cómputo de los porcentajes de la prima de actualización y ii) el reajuste la asignación de retiro con base en el índice de Precios al Consumidor certificado por el Dane, a partir del año 2006.

El A quo negó las pretensiones de la demanda, en consideración a que el aumento conforme al IPC es improcedente porque el Decreto 4433 de 2004, volvió a establecer el principio de oscilación para el reajuste de las asignaciones

⁴ Actor JUAN ALFONSO FIERRO MANRIQUE, contra el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión N. 3 y el Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena, C.P VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.



a partir de enero de 2005; y a que resulta improcedente incluir como factor de liquidación de su asignación de retiro la prima de actualización, dado su carácter de temporal, el cual solo estuvo vigente entre 1995 y 2004, y en 2007 cuando se reconoció la asignación del actor, el valor de la prima ya se encontraba incluido.

La Sala estudiará únicamente los argumentos expuestos contra la decisión referida a la negativa de reajuste de la asignación de retiro durante los años 2006 en adelante, con base en el IPC, en consideración a que el recurso de apelación solo cuestionó este punto de la sentencia de primera instancia.

8.6.2 Del reajuste de las asignaciones de retiro con base al IPC.

El Consejo de Estado, con relación al tema del reajuste de las asignaciones de retiro del personal de la Fuerza Pública, con la aplicación del IPC cuando sea mayor que el principio de oscilación, dispuso que se efectuaría hasta la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, debido a que esta norma en su artículo 42 volvió a establecer la aplicación del principio de oscilación para su liquidación⁵.

Por lo anterior es claro que el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, estableció un límite para el reajuste de las asignaciones de retiro con base en el I.P.C. certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, determinando que dicho reconocimiento sólo se hace desde la fecha en la que surgió para el personal de la Fuerza Pública el derecho al ajuste de la asignación de retiro acorde con el IPC, (a partir de la expedición de la Ley 238 de 1995), hasta la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2004, fecha en la cual entró a regir este estatuto y en la que quedó determinada la discusión que había suscitado la Ley 238 de 1995, pues, como puede advertirse, la norma de carácter especial consagrada en el citado decreto es posterior a la ley que extendió los beneficios, imponiendo de forma expresa el sistema de oscilación para los miembros de la Fuerza Pública, y, por tanto, ya no es factible continuar aplicándola.

Los argumentos anteriores son suficientes para confirmar la decisión del A quo, dado que al actor se reconoció la asignación de retiro a partir del 16 de enero de 2007, cuando ya se encontraba en plena vigencia el principio de oscilación, por cuenta de la Ley 923 de 2004, reglamentada por el artículo 42 del Decreto 4433 del mismo año, que entró en vigencia el 31 de diciembre del mismo año.

El apelante considera que la decisión del juez de hacer prevalecer las disposiciones legales que privilegian la aplicación del principio de oscilación a las asignaciones de retiro de los miembros de la fuerza pública, aún en los eventos en que resulta inferior al incremento del índice de precios al consumidor,

⁵ Consejo de Estado, sentencia del 17 de mayo de 2007, proferida dentro del expediente 8464-05



desconoce la supremacía de la Constitución, cuyos artículos 48 y 53 garantizan el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, así como el artículo 13 ibídem, que establece el derecho a la igualdad. Esto último porque los titulares de las asignaciones de retiro no podrán mantener su poder adquisitivo, como sí lo hacen quienes se rigen por la Ley 100/93, cuya aplicación solicita con apoyo en los principios de favorabilidad, indubio pro-operario y condición más beneficiosa.

A juicio de la Sala los argumentos anteriores no son de recibo por las siguientes razones:

La aplicación de normas de la Ley 100/93 para efectos de incrementar la asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública en el presente caso, por razones de favorabilidad, no tiene cabida, porque se trata de un instrumento orientado a garantizar la plenitud del ordenamiento, que se aplica en casos de lagunas o vacíos normativos; esto es, cuando al decidir una situación sometida al conocimiento de la jurisdicción se advierte que no existe norma expresa que le dé solución, razón por la cual se acude a una norma jurídica que regula un caso análogo, con la posibilidad de justificar su aplicación con una misma razón de derecho. Y es evidente que la Ley 923 de 2004 y el Decreto Reglamentario 4433 del mismo año, no tiene vacío alguno con relación al incremento de las asignaciones de retiro del accionante, pues establece que se somete al principio de oscilación.

Se trata pues de dos reglas previstas en dos regímenes distintos, de modo que si conforme a la ley corresponde aplicar uno de ellos para incrementar asignaciones o pensiones, será el principio de oscilación el previsto en la Ley 923/04 y el D. R. 4433/04, y no el del régimen general de la Ley 100/93, cuyas reglas no se aplican entonces ni directamente ni por analogía.

Por otra parte, no puede pretender EL demandante que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, se viole el principio de inescindibilidad normativa aplicándole lo más favorable de cada norma, para conformar un nuevo régimen no autorizado por el Legislador.

Dicha inescindibilidad constituye también una condición necesaria para aplicar los principios de favorabilidad, *in dubio pro operario* y condición más beneficiosa, como criterios de interpretación en el análisis de casos concretos que involucren la protección del derecho a la seguridad social.

Ello impide que se tome en materia de asignaciones de retiro unos aspectos del régimen especial y otros del régimen general, como pretende el actor.

Como enseña la jurisprudencia constitucional comentada previamente, el principio de favorabilidad se aplica en aquellos casos en que surge duda en el





operador jurídico sobre cuál es la disposición jurídica aplicable al momento de resolver un asunto sometido a su conocimiento, al encontrar que dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho, gobiernan la solución del caso concreto, evento en los cuales se debe elegir la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social, pero "respetando siempre el principio de inescindibilidad o conglobamento, por lo que debe aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido.

El principio in dubio pro operario o favorabilidad en sentido amplio, recae, por su parte sobre el ejercicio interpretativo efectuado por el juzgador al identificar el contenido normativo de una disposición jurídica, sobre el cual surgen dudas; que "debe revestir un carácter de seriedad y objetividad, carácter que en este caso no tiene la supuesta duda planteada por el demandante, pues tanto la aplicación del principio de oscilación en el incremento de las mesadas pensionales del personal retirado de la fuerza pública, como la consideración del incremento del IPC previstos en el régimen general de la Ley 100/93 en la materia, están dotados de claridad.

Finalmente, el principio de la condición más beneficiosa, impone ante una misma situación jurídica regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, el deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas de escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador, pero en ningún caso permite al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.

- Por otra parte, pretende el accionante que se inaplique el principio de oscilación previsto en la ley, por considerar que viola preceptos contenidos en los artículos 48 y 53 constitucionales relacionados con la preservación del poder adquisitivo de las pensiones.

Este argumento será desestimado, porque la inconstitucionalidad de una norma legal se establece por vía de acción, mediante sentencia de la Corte Constitucional previa demanda de inexecuibilidad, lo cual no ha ocurrido en este caso; o por vía de excepción, mediante la declaración de cualquier operador jurídico cuando considere que una norma de rango inferior a la Constitución vulnere la Carta.

Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, *"esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma*



de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política.

En este caso la Sala no encuentra que el principio de oscilación vulnere de forma clara, notoria y evidente el deber del Estado de preservar el poder adquisitivo de las pensiones y asignaciones de retiro, pues la propia Ley 923 de 2004, mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, y estableció nuevamente el principio de oscilación, establece en su artículo segundo, entre los objetivos y *criterios* para la fijación de dicho régimen, el mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas.

Además, el demandante no explicó las razones por las que considera que el principio de oscilación impida mantener en su caso el poder adquisitivo de las pensiones a lo largo del tiempo. Es más, ni siquiera señaló y menos aún probó cuál es el valor de su asignación durante el tiempo en que solicita el reajuste, cuáles los incrementos decretados conforme al principio de oscilación, cuál sería su incremento conforme al incremento del IPC, y por qué en su caso se hubiera producido la pérdida de poder adquisitivo de su asignación.

Por lo expuesto, atinó el A quo al desestimar las pretensiones de la demanda y por ello confirmará su decisión.

8.7. Costas en segunda instancia.

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, habiendo sido resuelto de forma desfavorable el recurso de apelación de la parte demandante en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso, y teniendo en cuentas los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada.

En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandada, las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de primera instancia, atendiendo lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,





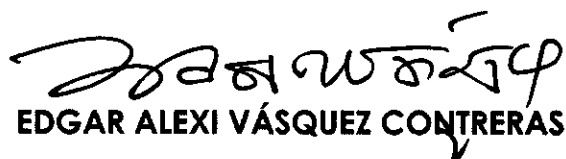
FALLA

PRIMERO: Confirmar la sentencia apelada.

SEGUNDO: Condenase en costas procesales en segunda instancia a la parte demandada, las cuales que serán liquidadas por el Juzgado de origen, de conformidad con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen. - Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE.
Los Magistrados,


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ
Ausente con permiso


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	13-001-33-33-004-2015-00071-01
Demandante:	José Gustavo Hernández Martín
Demandado:	CREMIL
Asunto	Prima de actualización.
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras