



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00192-00

Cartagena de Indias D. T y C, Dieciséis (16) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Radicado	13-001-33-33-008-2016-00192-00
Demandante	ALEXANDRA ESCOBAR ALVAREZ
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL
Tema	Reajuste asignación de Retiro, Principio de Oscilación- IPC
Sentencia No	074

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por el señor **LIBARDO ANTONIO GOEZ CASTILLO**, a través de apoderado judicial, contra la **NACION - MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**.

2. ANTECEDENTES

Por medio de escrito, la parte actora a través de apoderado judicial, presentó acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en la cual se impetran las siguientes pretensiones y se narran los siguientes hechos.

PRETENSIONES

PRIMERO: Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en escrito CREMIL de fecha 13 de febrero de 2013 radicada con numero 8479 emanado por CREMIL que implica la negación del derecho al reconocimiento y pago de lo solicitado mediante petición del 19 de diciembre de 2012 radicada con el No. 102269 donde se solicita lo concerniente el reajuste de su asignación de retiro con base en el Índice de Precios del Consumidor a partir del año 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 nulidad del Acto Administrativo y a Título De Restablecimiento del Derecho se condene a CREMIL a lo siguiente:

A.- Que a partir del año 2012 y en lo sucesivo hasta que se produzca el fallo con 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 la diferencias entre el monto de los incrementos anuales hechos 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 del Índice de Precios al Consumidor (I.P.C.) 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.

B.- Que se tenga en cuenta para el reajuste pensional para cada año que se reclama, los porcentajes diferenciales y que consecencialmente 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 ordene 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%.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00192-00

CUARTO: Que se condene igual a la 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 del 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.

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

HECHOS.

El accionante NELSON LUIS PEREA ANDRADE, percibe asignación de Retiro o Pensión desde el momento de su retiro de la ARMADA NACIONAL, según resolución 926 del 01 de diciembre de 2011. Su Último lugar de Prestación de Servicios fue El Departamento de Bolívar.

Afirma el actor que desde que obtuvo la asignación de retiro viene siendo reajustada anualmente mediante el principio de oscilación contemplando en el artículo 151 del decreto 1212 de 1990, desconociendo lo preceptuado en el artículo 1 de la ley 238 de 1995, como de los artículos 14 y del párrafo 4 del artículo 279 de la ley 100 de 1993; siendo que mediante artículo 14 de la ley 100 de 1993, se estableció un reajuste de pensiones, para todos los sectores, esto con el fin que las mismas mantuvieran su poder adquisitivo teniendo en cuenta la variación porcentual del índice de Precios al Consumidor del año inmediatamente anterior y con el fin de cumplir el mandato constitucional ordenado por el inciso final del artículo 53 de nuestra magna carta.

Por las razones anteriores el actor, mediante derecho de petición en fecha 19 de diciembre de 2012 solicito a CREMIL el RECONOCIMIENTO Y PAGO DE EL REAJUSTE SALARIAL según el INDICE DE PRECIOS DEL CONSUMIDOR I.P.C. de los años 2012 a 2013 y en lo sucesivo hasta que se produzca el fallo.

Sin embargo, la demandada no reconoció al actor EL REAJUSTE SALARIAL según el INDICE DE PRECIOS DEL CONSUMIDOR I.P.C.

- FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES

Se invocan como violadas las siguientes disposiciones:

Los Artículos 02, 04, 13, 48 y 53 de la Constitución Nacional, la LEY 100 DE 1.993, artículo 14 y párrafo 4 ° del Artículo 279, adicionado por la Ley 238 de 1995.

Existe falsa motivación en lo afirmado en esta comunicación y lo que la ley establece en relación al derecho que tienen los miembros de las Fuerzas Militares de Colombia a solicitar que en virtud del artículo 48 de la Constitución Nacional, la ley 100 de 1993 art. 14 y demás normas concordantes estos puedan solicitar el incremento de su asignación de retiro durante los años 2012 a 2013 de acuerdo al IPC y no en virtud del principio de oscilación.

Desde la vigencia de la ley 238 de 1995, los pensionados excluidos de la aplicación de la ley 100 de 1993 son beneficiarios al reajuste de sus pensiones con base en la variación porcentual del IPC del año inmediatamente anterior certificado por el DANE, esto en armonía a lo ordenado por el artículo 14 de la ley 100 de 1993.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00192-00

Así, por autorización de la misma ley, se aplica una norma del régimen general al especial como es el incremento de la asignación de retiro de acuerdo al Índice de Precio del Consumidor, cuando este fuera mayor al reajuste hecho en base al principio de oscilación del artículo 169 Decreto 1211 de 1990 y en armonía al principio de favorabilidad en materia laboral.

La Corte Constitucional ha dicho en reiterada jurisprudencia que es procedente este reconocimiento en aras de garantizar a los que gozan de asignación de retiro el que no pierda poder adquisitivo por la inflación.

- CONTESTACIÓN

CREMIL: La apoderada de la demandada presento escrito de contestación en el que se opone a todas las pretensiones de la demanda, fundamentado en que los miembros de la fuerza pública gozan de un régimen especial, éste régimen, contempla el hecho de que las asignaciones de retiro (pagadas a militares retirados) deben reajustarse anualmente de acuerdo a las variaciones que se introduzcan en las asignaciones pagadas a los militares que se encuentren en servicio activo de acuerdo con cada grado. (De conformidad con el principio de oscilación)

Para dar cumplimiento a lo anteriormente anotado el Gobierno Nacional anualmente mediante Decreto Ejecutivo fija los incrementos de los sueldos básicos del personal en actividad reajustando con ello las asignaciones de retiro (oscilación de asignación de Retiro); ajustándose esta actuación al ordenamiento jurídico.

Presenta las excepciones de inexistencia de fundamento jurídico para solicitar reajuste de asignación de retiro conforme al IPC del año 2005; prescripción; violación al principio de inescindibilidad de la ley por prohibición de aplicación parcial de régimen general de pensiones; falta de unidad jurídica en los actos demandados por la legalidad y vigencia de los decretos de oscilación expedidos por el gobierno nacional.

- TRÁMITES PROCESALES

La demanda fue presentada el 08 de septiembre de 2016, admitida mediante auto del 15 de septiembre de 2016, notificada mediante estado 153; y se notificó a la parte demandada el día 12 de septiembre de 2017.

Por auto del 05 de febrero de 2018, se cita a las partes a audiencia inicial para el 16 de abril de la misma anualidad, en la cual se cerró el debate probatorio y se ordenó la presentación de alegatos orales en la misma diligencia, para lo cual se concedió un término de 10 minutos.

- ALEGACIONES

DEMANDANTE: No presenta alegatos finales.

DEMANDADOS:

CREMIL: Reitera los argumentos expuestos con la contestación de la demanda. (Audio)

MINISTERIO PÚBLICO: no emitió concepto.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00192-00

3. CONTROL DE LEGALIDAD

El trámite procesal se adelantó con observancia de los preceptos de orden constitucional y legal sin que, en la hora actual, se advierta causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado.

3. CONSIDERACIONES

- PROBLEMA JURIDICO

¿Tiene el demandante derecho al reconocimiento y pago del reajuste de la asignación de retiro, que viene recibiendo, de conformidad con la ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de la ley 100 de 1993, esto es, con base en el Índice del Precio al Consumidor, IPC, certificado por el DANE para los años 2012 a 2013?

¿Tiene el demandante derecho a que se le reajuste actor el sueldo básico tomándose como referente la nueva asignación básica reajustada al grado de GENERAL del 35.66%?

- TESIS DEL DESPACHO

Las pretensiones del actor no están llamadas a prosperar por cuanto el Decreto 4433 del día 31 de diciembre de 2004, volvió a establecer el principio de oscilación para el reajuste de las asignaciones en comento, por lo que a partir de enero de 2005, la asignación de retiro de los miembros de las fuerzas militares, no se puede reajustar con base en lo establecido en el artículo 14 de la ley 100 de 1993, sino con base en el precitado Decreto.

Por lo anterior podemos afirmar, que a partir de enero de 2005, la asignación de retiro de los miembros de las fuerzas militares, no se puede reajustar con base en lo establecido en el artículo 14 de la ley 100 de 1993, sino con base en el precitado Decreto.

Por último respecto al reajuste de la pensión teniendo en cuenta el grado de general; el principio de oscilación que consagra el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990, bajo el cual se le reajusta la asignación de retiro al actor, toma 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 ese mismo Estatuto; o sea la asignación que en actividad recibe un miembro de la institución de su mismo grado, no podría entonces aplicársele otro método, o incluirse factor nuevos no reconocidos legalmente, porque para el actor se encuentra vigente la normatividad para la época en que adquirió su derecho pensional, que en su caso no han perdido vigencia.

Por tanto, antes que vulnerar los principios constitucionales que se citan como tales, la demandada obró dentro de los parámetros establecidos por el constituyente y el legislador; se atiende los mandatos que en materia de seguridad social consagra la Carta Política, y no causa atentado contra los derechos adquiridos por el demandante. Por esta razón, serán negadas las pretensiones de la demanda.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

ANALISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL.

Teniendo en cuenta que en la demanda se presentan varias pretensiones diferentes el Despacho se pronunciará por separada a cada una de ellas.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00192-00

A- INCREMENTO DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO TENIENDO EN CUENTA LAS VARIACIONES DE LOS INDICES DE PRECIOS AL CONSUMIDOR DE LOS AÑOS 2012 A 2013

En atención a la naturaleza de la asignación de retiro, este Despacho precisa que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado en su jurisprudencia han reconocido a las asignaciones de retiro el carácter de una pensión, como la de vejez o de jubilación. El personal de la Fuerza Pública y de la Policía Nacional de tiempo atrás ha contado con un régimen prestacional especial, dadas las especiales circunstancias de su servicio.

La Ley 100 de 1993 "Por la cual se creó el sistema de seguridad social integral", en el artículo 14, previó el reajuste de las pensiones teniendo en cuenta el Índice de Precios al Consumidor, y creó una mesada pensional adicional para los pensionados. Ahora, si bien es cierto en un principio el Régimen de Seguridad Social Integral (Ley 100 de 1993) excluyó entre otros servidores, a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional de la aplicación de dicho régimen, al consagrar en el artículo 279 que "***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...***", no es menos cierto que con posterioridad dicha norma fue adicionada en un párrafo por disposición expresa del artículo 1º de la Ley 238 de 1995, señalándose lo siguiente: "**Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados.**". Por lo anterior, se concluye que con la entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995, las personas pertenecientes a los regimenes excluidos por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, podrán acceder a los beneficios contemplados por el artículo 14 y 142 ibídem, y en consecuencia, tienen derecho a que se les reajusten sus mesadas pensionales teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Además, la Constitución Política de Colombia en el artículo 53 consagra el principio de favorabilidad en materia laboral, por lo que en este caso concreto se aplicará la ley general por ser más favorable que la ley especial.

Finalmente, el Despacho advierte que tanto el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 como el artículo 151 del Decreto 1212 de 1990, expresamente permite la aplicación del reajuste pensional con base en el Índice de Precios al Consumidor al consagrar en el inciso segundo de la anterior disposición lo siguiente: "**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**". (Resaltado fuera del texto original). Debido a este mandato legal expreso resulta compatible la aplicación del art. 14 de la precitada ley a los miembros de la Fuerza Pública (Fuerzas Militares y Policía Nacional); así, la forma de reajuste pensional del art. 14 de la Ley 100 /93 resulta aplicable a las pensiones de los sectores exceptuados del art. 279 dentro de los cuales aparecen el de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuando se dan los supuestos de hecho que contempló la sentencia mencionada; lo anterior supeditado a un claro término de tiempo, como procederemos a ver.

En el mismo sentido en Sentencia reciente el Consejo de Estado, dijo que partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995, el grupo de pensionados de los sectores excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993, entre ellos los miembros de la Fuerza pública, sí tienen derecho a que se les reajuste sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, certificado por el DANE. Respecto al término de prescripción, la misma sentencia del Consejo de Estado citada atrás, afirma que:

"En el asunto bajo estudio, la liquidación del reajuste procede entre los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, tal como se deriva del tratamiento dado por Decreto Ley 1211 de 1990 en donde el IPC estuvo por encima de la oscilación; no obstante, por efecto del reajuste reconocido la mesada pensional o base pensional ha sido modificada, y el pago de las diferencias causadas con base en esta operación, procede a partir del 23 de marzo de 2006, porque sobre dichos conceptos operó la prescripción cuatrienal, pues como se advirtió





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00192-00

las mesadas sí están sujetas a este fenómeno jurídico y, en el presente caso, la petición en vía gubernativa se formuló por el actor el 23 de marzo de 2010, en consecuencia, las sumas causadas con anterioridad al 23 de marzo de 2006 y no del 23 de marzo de 2010 como lo señaló el A quo, se encuentran prescritas de conformidad con el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990. (fl.95)”

“Así las cosas se revocará la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó las pretensiones de la demanda. En su lugar, declarará probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada respecto de las sumas causadas con anterioridad al 29 de junio de 2006 y la nulidad del Oficio 37216 de 23 de julio de 2010 suscrito por el Subdirector de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por el cual negó el reajuste de la asignación de retiro con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor al actor, sin embargo el pago de las diferencias causadas con base en esta operación, procede a partir del 29 de junio de 2006, con fundamento en la prescripción cuatrienal como se dijo”.

Es claro entonces que el reajuste que se viene ordenando en aplicación de la Ley 238 y reconocidos por la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, corresponde a los años 1997 a 2004; ya que la Ley 923 de diciembre 30 de 2004, señaló las normas, objetivos y criterios que debía observar el gobierno para fijar el régimen pensional y de asignación de los miembros de la fuerza pública, en desarrollo de esta ley se expidió el Decreto 4433 del día 31 de ese mes y año, el cual volvió a establecer el principio de oscilación para el reajuste de las asignaciones en comento.

Por lo anterior podemos afirmar, que a partir de enero de 2005, la asignación de retiro de los miembros de las fuerzas militares, no se puede reajustar con base en lo establecido en el artículo 14 de la ley 100 de 1993, sino con base en el precitado Decreto.

El Consejo de Estado, por intermedio de la Subsección B de la Sección 2ª, 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 /93,¹ aclarando que esa forma de liquidación resulta aplicable a partir de 1995 y hasta el año 2004, debido al cambio de legislación, cuando en estos apartes sostuvo:

“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, 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.**” (Subrayado nuestro)*

¹ 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.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00192-00

REAJUSTE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO SEGÚN SALARIO GRADO DE GENERAL

De acuerdo con las previsiones del artículo 48 superior, la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público de carácter obligatorio que puede ser prestado directamente por el Estado o través de los particulares con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, bajo la dirección, coordinación y control del Estado.

Según la Corte Constitucional, *“el régimen de seguridad social en materia de pensiones tiene por objeto garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez o la muerte, mediante el reconocimiento de pensiones y prestaciones que se determinan en la ley, previo el lleno de ciertos requisitos que en ella misma se determinan para acceder a tales beneficios”*².

La jurisprudencia ha reconocido el amplio margen de configuración que tiene el Legislador para regular las materias relacionadas con el sistema de seguridad social³, de conformidad con los artículos 48 y 365 de la Constitución que establecen una fórmula abierta para organizar y coordinar la prestación de dicho servicio, sin limitar su desarrollo a un solo modelo⁴, siempre que se respeten los principios constitucionales que lo rigen y los derechos constitucionales.

Sin embargo, la potestad legislativa en la materia que se analiza no es absoluta, por cuanto debe atender a los principios, valores y derechos constitucionales, que en esta medida vienen a restringir tal atribución. Sobre los límites a esta potestad la Corte ha manifestado:

“Una simple lectura de los artículos 48, 49 y 365 de la Carta demuestra que corresponde a la ley determinar los elementos estructurales del sistema, tales como (i) concretar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, (ii) regular el servicio, (iii) autorizar o no su prestación por particulares, (iv) fijar las competencias de la Nación y las entidades territoriales, (v) determinar el monto de los aportes y, (vi) señalar los componentes de la atención básica que será obligatoria y gratuita, entre otros.

*Sin embargo, lo anterior no significa que la decisión legislativa sea completamente libre, ni que la reglamentación adoptada esté ajena al control constitucional, pues es obvio que existen límites, tanto de carácter formal (competencia, procedimiento y forma) como de carácter material (valores y principios en que se funda el Estado Social de Derecho), señalados directamente por el Constituyente y que restringen esa discrecionalidad. “Por consiguiente, si el Legislador opta, por ejemplo, por una regulación en virtud de la cual las personas pueden escoger entre afiliarse o no a la seguridad social, ese diseño sería inconstitucional por desconocer el carácter irrenunciable de la seguridad social”. Lo mismo ocurriría si el Estado se desentendiera de las funciones de dirección, coordinación y control a la seguridad social, porque esas fueron precisamente algunas de las tareas expresamente asignadas en la Carta del 91”*⁶.

Como se ha expuesto, el Congreso cuenta con un amplio margen de configuración legislativa en materia de seguridad social, en ejercicio del cual “puede diseñar regímenes especiales para determinado grupo de trabajadores, siempre que los mismos no resulten discriminatorios. En

² Corte Constitucional, sentencia C-967 de 2003

³ Cfr., entre otras, las sentencias C-1489 de 2000, C-617 de 2002, C-1027 de 2002 y C-516 de 2004.

⁴ Cfr., entre otras, las sentencias C-111 de 1997, C-542 de 1998, C-616 de 2001, C-1489 de 2001, C-130 de 2002 y C-967 de 2003.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C 791 de 2002.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00192-00

dichos regímenes especiales, pueden estar incluidos beneficios no contemplados en el régimen general, bajo la condición de que la consagración de tales beneficios persiga la defensa de bienes o derechos constitucionalmente protegidos, como los derechos adquiridos, y de que con ella no se perpetúe un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores”⁶.

En cuanto al régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, la jurisprudencia ha sostenido de manera reiterada que es diferente al aplicable a la generalidad de las personas en razón de la naturaleza de los servicios prestados y de la finalidad que para ella establece la Constitución, que en el caso de las fuerzas militares corresponde a la “defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional” (C. Po. art. 217), mientras para la Policía Nacional está relacionada con el “mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz” (C. Po. art. 218).

El artículo 150-19 de la Constitución Política, establece que el Congreso de la República tiene la función de dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional, entre otras, para las siguientes materias:

e) fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública.

f) regular el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales”.

Dentro de este marco de atribuciones fue expedida la Ley 4ª de 1992⁷, cuyo artículo 1º señala que corresponde al Gobierno Nacional fijar el régimen salarial y prestacional de varios grupos de servidores del Estado. Estos son:

a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;

b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;

c) Los miembros del Congreso Nacional, y

d) Los miembros de la Fuerza Pública.

Según lo señalado, la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública corresponde, de manera privativa, al Gobierno Nacional. Para desarrollar la Ley 4ª de 1992 el Gobierno Nacional.

Según el ordenamiento jurídico, los miembros de la Fuerza Pública gozan de un régimen especial en materia salarial y prestacional. Sobre esta materia la Corte ha explicado:

“Es claro entonces 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 distinto.

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-995 de 2000.

⁷ 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.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00192-00

Ya la Corte, en diversas oportunidades, ha reconocido que la diversidad en el tratamiento prestacional de los miembros de la fuerza pública tiene su origen en la naturaleza riesgosa de las funciones que desarrollan y que, a su vez, cumple con el fin constitucional de compensar el desgaste físico y mental que implica el estado latente de inseguridad al que se somete al militar y a los miembros de su familia durante largos periodos de tiempo".⁸

Teniendo en cuenta la potestad otorgada en la constitución nacional se expidió el Decreto 1211 de 1990, "Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares", que en su artículo 163 y ss estipulan las reglas para el retiro de las Fuerzas Militares:

"ARTICULO 163. ASIGNACION DE RETIRO. Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente, y los que se retiren a solicitud propia después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto.

PARAGRAFO 1o. La asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales que durante la vigencia de este estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, ser equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el artículo 158, liquidadas en la forma prevista en este mismo Decreto.

PARAGRAFO 2o. Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) o más años de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación."

"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."

Es de advertir que el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990, tal como se observa de la transcripción de la norma, consagró la oscilación de las asignaciones de retiro, aspecto que fue retomado por el

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-432 de 2004.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00192-00

Decreto 4433 de 2004, el cual desarrolló la Ley 923 de 2004, manteniendo vigente este sistema de reajuste.

Bajo estos supuestos resolveremos el caso que nos ocupa.

CASO CONCRETO

Solicita el actor el reajuste de su asignación de retiro con base en el Índice de Precios del Consumidor a partir del año 2012 en adelante como lo dispone el artículo 14 de la ley 100 de 1993 y 238 de 1995; y adicionalmente que se pague 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%.

Según consta en el expediente al señor NELSON LUIS PEREA ANDRADE se le reconoció la asignación de retiro en resolución No. 3088 del 16 de mayo de 2012 por ello reclama que el reajuste se haga teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 100 de 1993, y que se restablezca su derecho incrementando su Asignación de Retiro de conformidad con el aumento del Índice de Precios al Consumidor; lo cual es improcedente porque como ya se dijo el Decreto 4433 del día 31 de diciembre de 2004, volvió a establecer el principio de oscilación para el reajuste de las asignaciones en comento, por lo que a partir de enero de 2005, la asignación de retiro de los miembros de las fuerzas militares, no se puede reajustar con base en lo establecido en el artículo 14 de la ley 100 de 1993, sino con base en el precitado Decreto.

De otro lado, solicita el actor que se ordene a la entidad demandada, reconocer, reliquidar y reajustar, el sueldo básico- partida computable- de la asignación de retiro que es titular el actor, tomándose como referente la nueva asignación básica del grado de general reajustada en un 35,66%, aplicándose el porcentaje gradual establecido en cada una de las escalas fijadas anualmente, conforme los decretos mediante los cuales el gobierno Nacional, fija los sueldos básicos para el personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, oficiales, suboficiales, agentes y personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional.

Así pues, en el caso bajo estudio, se probó que el actor goza de una asignación de retiro como Sargento Primero De La Armada, asignación que se le reconoció en el año 2012; por lo que considera esta casa judicial, que si bien es cierto, algunos generales obtuvieron el reajuste de sus asignaciones de retiro de conformidad con las normas de Carácter General, Ley 238 de 1995 y la Ley 100 de 1993, es innegable que la asignación de retiro se rige por los decretos que le reconocieron en su momento al actor su asignación de retiro, y no otras; quedando como método de reajuste el principio de oscilación consagrado para los miembros de las fuerzas, principio que quedó en firme con la expedición del Decreto 4433 de 2004, aunque aclara el Despacho que al

⁹ Decreto 4433 de 2004. "Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. El Presidente de la República de Colombia, en desarrollo de lo dispuesto por la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004." Artículo 42. Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que 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 reajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

¹⁰ 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 de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política".





Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00192-00

actor le es aplicable los Decretos 2337 de 1971, 183 de 1975 y 1211 de 1990, que fue en su vigencia el que le reconoció la asignación.

Además, el Despacho no puede entrar a aplicar fragmentos de normas, solo las que son favorables, ya que vulneraría los principios que ha señalado la Corte Constitucional y que se han citado supra, que exige una interpretación integral del sistema, y no solamente la revisión de aspectos aislados del mismo, porque resulta que lo que en algún punto o ítem aparece como una desventaja, es compensado en otros aspectos del régimen, lo que en su conjunto equilibra las aparentes diferencias entre uno y otro sistema prestacional, por lo que se concluiría que los argumentos expuestos en la demanda, no superaría el examen de favorabilidad del régimen prestacional bajo el cual al actor se le reconoció su asignación de retiro.

Por otra parte, al principio de favorabilidad le secunda el de *inescindibilidad de las leyes*, en virtud del cual la norma que se adopte debe ser aplicable en su integridad quedando prohibido, dentro de una sana hermenéutica, el desmembramiento de las normas legales que regulan la misma situación de hecho para tomar sus aspectos más favorables, dando origen a un nuevo mandato, lo que le está vedado al juez contencioso administrativo.

En conclusión, el principio de oscilación que consagra el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990, bajo el cual se le reajusta la asignación de retiro al actor, toma 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 ese mismo Estatuto; o sea la asignación en actividad recibe un miembro de la institución de su mismo grado, no podría entonces aplicársele otro método, o incluirse factores nuevos no reconocidos legalmente, porque como se dijo, el actor se rige por una normatividad vigente para la época en que adquirió su derecho pensional que para su caso no han perdido vigencia, porque si es cierto que ha habido variaciones normativas sobre el tema, pero que en todo caso no incluyen el reajuste que pide el actor, las normas nuevas son aplicables a partir de su vigencia no con retroactividad.

Por tanto, antes que violar los principios constitucional que se citan como vulnerados, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares obró dentro de los parámetros establecidos por el constituyente y el legislador; atendió los mandatos que en materia de seguridad social consagra la Carta Política, y no causó atentado contra los derechos adquiridos por el demandante, ni ha violado tampoco norma legal alguna.

Teniendo en cuenta lo anterior se negará la pretensión concerniente al reajuste de la asignación de retiro para los años 2012 y 2013, solicitado por el demandante, como quiera que solo se retiró en el año 2012, fecha en que ya estaba en vigor la oscilación. Por esta razón, serán negadas las pretensiones de la demanda.

COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que "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".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso.

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el expediente aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:



Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00192-00

“.....

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”

En el presente caso el Despacho estima que no es procedente la condena en costas a la parte demandante, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en este caso porque no se observa que se haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena de Indias, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

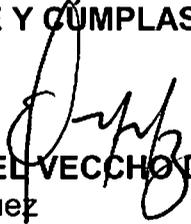
5. FALLA

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: No condenar en costa.

TERCERO: Una vez en firme ésta sentencia, devuélvase a la parte el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMÍGUEZ
Juez