



Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00300-00

Cartagena de Indias D. T y C, Veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Radicado	13-001-33-33-008-2017-00300-00
Demandante	JAVIER MARQUEZ BERDUGO
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL
Tema	Incremento conforme al IPC
Sentencia No	0183

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Oral Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por JAVIER MARQUEZ BERDUGO, a través de apoderado judicial, contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL.

2. ANTECEDENTES

- PRETENSIONES

1. Que se INAPLIQUE parcialmente, por excepción de inconstitucionalidad, el artículo 01 del decreto 122 de 1997; artículo 01 decreto 35 de 1999; artículo 01 decreto 2737 de 2001; artículo 01 decreto 745 de 2002; artículo 01 decreto 3552 de 2003; artículo 01 decreto 4158 de 2004; y artículo 42 decreto 4433 de 2004.
2. Que se declare la nulidad del acto administrativo del MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL No. 20160423330318531 del 04 de julio de 2016, mediante el cual se negó el reconocimiento y reajuste de salarios, y consecuentemente el reconocimiento y reajuste de la asignación de retiro.
3. Que se declaren nulos los actos administrativos oficio 0040645 consecutivo 2016-40645 de 17 de junio de 2016 de CREMIL.
4. Que se condene a la demandada CAJA DE RETIROS DE LAS FUERZAS MILITARES, a título de restablecimiento del derecho, a pagar las diferencias de mesadas, debidamente indexadas en virtud de la nueva base de liquidación salarial debidamente ajustado desde los últimos 4 años, es decir a partir de la fecha de la petición formulada

- HECHOS

Se tienen como hechos los expuestos en el libelo demandatorio, los cuales se pueden sintetizar así:

El accionante laboró al servicio del Ejército Nacional, y devenga asignación de retiro reconocida mediante resolución 1386 de 25 de marzo de 2011. Posteriormente, elevó petición ante CREMIL el 08 de julio de 2016 solicitando el pago de las diferencias resultantes entre el valor que recibe con ocasión al incremento ordenado por los decretos dictados por el Gobierno Nacional y la aplicación del IPC en su asignación de retiro vigente para los años en que fue mayor. No obstante, la entidad accionada negó la petición.

- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

Constitución Política en su preámbulo, los Artículos 1, 2º, 4º, 13º, 25, 42, 53, 90, 150, 334, 366, 373.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00300-00

De orden legal: Igualmente se desconoció el Artículo 10 del CPACA.

De orden Constitucional: sentencia C-1433 DE 2000 Corte Constitucional. Sentencia de 15 de septiembre de 2016. Consejo De Estado- Sala De Lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente Dr. Willian Hernández Gómez, radicado 7600123310002000504234 01 (1204-2012).

Como concepto de violación de las normas, en concreto, indicó lo siguiente:

Las entidades demandadas al no reconocer el reajuste de la base salarial o salario básico del grado con el que se retiró mi poderdante conforme a las solicitudes presentadas, incurren en falsa motivación ya que desconocen abiertamente toda la jurisprudencia relativa al mantenimiento del poder adquisitivo del salario proferidas en los fallos de control abstracto de constitucionalidad o sentencias "C", estando obligados los servidores públicos por mandato de la misma constitución y del artículo 10 de la ley 1437 de 2011 "deber de aplicación uniforme de las normas y Jurisprudencia".

- CONTESTACIÓN

➤ CREMIL

Contestó la demanda en los siguientes términos:

Al pertenecer los miembros de la Fuerza Pública a un régimen especial, este contempla el hecho que las asignaciones de retiro 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.

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, ajustándose esta actuación al ordenamiento jurídico.

Propone como excepciones de mérito la de "Prescripción".

➤ ARMADA NACIONAL

Señala que las pretensiones no están llamadas a prosperar como quiera que el actor se encontraba en servicio activo para los años 1997 a 2004, por ende, los incrementos salariales expedidos por el Gobierno Nacional, que en su momento fueron aplicados a la situación fáctica del actor, se encuentran asistidos de la presunción de legalidad, no desvirtuada en tiempo oportuno y en el escenario judicial frente a los jueces competentes. Además no se puede declarar la excepción de inconstitucionalidad toda vez que la apoderada demandante no ha brindado los argumentos facticos y/o jurídicos por los cuales dichos decretos que gozan de presunción de legalidad se encuentran violando la Constitución.

Propone como excepciones de mérito la de "Presunción de legalidad del acto acusado; carencia de derecho del demandante y cobro de lo no debido; buena fe y prescripción de derechos laborales"

- TRAMITES PROCESALES

La demanda fue presentada el día 18 de diciembre de 2017, siendo admitida mediante auto adiado 22 de enero de 2018, posteriormente se corrigió en proveído del 05 de febrero de 2018 y fue notificada al demandante por estado electrónico 013.

Posteriormente fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público el 13 de febrero de 2018 de conformidad con el artículo 199 del CPACA.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00300-00

Posteriormente, mediante auto de fecha 25 de junio de 2018 se citó a las partes a audiencia inicial para el día 29 de agosto de 2018, conforme con el artículo 180 del CPACA, 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

DE LA PARTE DEMANDANTE. Se ratifica en los hechos expuestos en la demanda (AUDIO)

DE LA PARTE DEMANDADA:

CASUR. Se ratifica en los hechos expuestos con la contestación de la demanda (AUDIO).

MINISTERIO PUBLICO: No emitió concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

4. CONSIDERACIONES

- PROBLEMA JURIDICO

Consiste en determinar si a los demandantes les asiste el derecho al reconocimiento y pago del incremento del IPC ocasionado para los años en que este fue mayor, conforme los ordena el artículo 14 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 279 parágrafo 4, adicionado por la ley 238 de 1995.

- TESIS

Se debe indicar que la actualización de la asignación de retiro con base en el IPC solo puede efectuarse hasta el 31 de diciembre de 2004, es decir que solo se verán beneficiados a quienes se les haya reconocido dicha asignación con anterioridad a esta fecha. Dicho lo anterior, y estudiada la documental que reposa en el expediente se hace diáfano que a 31 de diciembre de 2004 no le había sido reconocida la asignación de retiro, es decir, le cobija el Decreto 4433 de 2004, que reglamentó la Ley 923 de 2004 la cual a su vez modificó el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990. Por tanto, antes que violar los principios constitucional que se citan como vulnerados, las demandadas obraron dentro de los parámetros establecidos por el constituyente y el legislador; atendiendo 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. 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.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

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 las Fuerza



Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00300-00

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 regímenes excluidos por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, podrán acceder a los beneficios contemplados por el artículo 14 y 142 ibidem, 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.

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 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





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00300-00

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".

La Sentencia de 4 de septiembre de 2008, C.P. Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Expediente N° 0628-08, según la cual el fenómeno prescriptivo para los miembros de la Fuerza Pública es de período cuatrienal, al tenor de lo dispuesto por el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

Paralelamente se ha de recordar que la Ley 923 de 2004, en el artículo 3° numeral 13 volvió a consagrar el sistema de oscilación como la forma de incrementar las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, a partir del 1 de enero de 2005, norma está reglamentada por el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, **es decir que los incrementos por IPC sobre la asignación de retiro solo tiene aplicación a quienes se retiraron con anterioridad al 31 de diciembre de 2004.**

Se precisa que en igual sentido lo ha preceptuado la Jurisprudencia del Consejo de Estado a través de sentencia de Sala Plena de la Sección Segunda el 17 de mayo de 2007, Consejero Ponente Doctor Jaime Moreno García, confirmada por las sentencias del 12 de febrero de 2009 C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve y, sentencia del 11 de junio de 2009 C.P. Dr. Victor Hernando Alvarado Ardila, en las que se señaló:

"En efecto, la precitada sentencia de 17 de mayo de 2007, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, señaló que el límite al derecho de reajuste de las asignaciones de retiro y pensiones, sujetas al régimen especial de la Fuerza Pública, se encontraba determinado por la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, que reglamentó la Ley 923 de 2004 la cual a su vez modificó el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990.

"Dicho decreto, en su artículo 42, mantuvo vigente el principio de oscilación para efectos de actualizar las referidas prestaciones y por ende la actualización de la asignación de retiro que goza el actor, con base en el I.P.C., sólo puede efectuarse hasta el 31 de diciembre de 2004, fecha en que se expidió la disposición en comento, tal como lo advirtió el A quo.
(Negrillas y subrayas fuera de texto)

CASO CONCRETO.

En el caso bajo estudio, la parte actora solicita el reconocimiento y reajuste de salarios, y consecuentemente el reconocimiento y reajuste de la asignación de retiro, lo cual le fue negado mediante acto administrativo proferido por el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL No. 20160423330318531 del 04 de julio de 2016 y acto administrativos oficio 0040645 consecutivo 2016-40645 de 17 de junio de 2016 de CREMIL; y pretende que se paguen las diferencias de mesadas, debidamente indexadas en virtud de la nueva base de liquidación salarial debidamente ajustado desde los últimos 4 años, es decir a partir de la fecha de la petición formulada. Es decir, el accionante solicita el reajuste del sueldo que percibía como empleado de las Fuerzas Militares, y que este reajuste se efectúe con base en el índice de Precios al Consumidor en la forma contemplada por la Ley 100 de 1993, en los años en que este fue superior al sistema de oscilación que reajusta las pensiones de los miembros de la Fuerza Pública, es decir, reclama que el reajuste se haga teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 14 de la norma en cita. Además solicita que se restablezca su derecho incrementando su Asignación de Retiro de conformidad con el aumento del Índice de Precios al Consumidor.

A renglón seguido se hace necesario entrar a recordar los lineamientos jurisprudenciales respecto al tema que se estudia, específicamente los límites temporales para su reconocimiento:

"En efecto, la precitada sentencia de 17 de mayo de 2007, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, señaló que el límite al derecho de reajuste de las asignaciones de retiro y pensiones, sujetas al régimen especial de la Fuerza Pública,





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00300-00

se encontraba determinado por la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, que reglamentó la Ley 923 de 2004 la cual a su vez modificó el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990.

"Dicho decreto, en su artículo 42, mantuvo vigente el principio de oscilación para efectos de actualizar las referidas prestaciones y por ende la actualización de la asignación de retiro que goza el actor, con base en el I.P.C., sólo puede efectuarse hasta el 31 de diciembre de 2004, fecha en que se expidió la disposición en comento, tal como lo advirtió el A quo.
(Negritas y subrayas fuera de texto)

Se colige de lo anterior que la actualización de la asignación de retiro con base en el IPC solo puede efectuarse hasta el 31 de diciembre de 2004, es decir que solo se verán beneficiados quienes se les haya reconocido dicha asignación con anterioridad a esta fecha.

Dicho lo anterior, y estudiada la documental que reposa en el expediente se logra verificar que entre los años 1997 y 2004 el actor se encontraba en servicio activo con grado de Jefe Técnico de la Armada, con baja efectiva el 29 de abril de 2011 y que se le reconoció su asignación de retiro mediante resolución No. 1386 de 25 de marzo de 2011 (fl 75-77), es decir, lo cubre el Decreto 4433 de 2004, que reglamentó la Ley 923 de 2004 la cual a su vez modificó el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990, por lo que no es procedente acceder a la solicitud del demandante debido a que a fecha 31 de diciembre de 2004 el señor JAVIER MARQUEZ BERDUGO no gozaba de asignación de retiro.

Por tanto, antes que violar los principios constitucional que se citan como vulnerados, las demandadas obraron dentro de los parámetros establecidos por el constituyente y el legislador; atendiendo 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. 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; así mismo lo explica el Consejo de Estado¹ a través de su jurisprudencia.

Conforme lo anterior, se condena en costas a la parte vencida de conformidad con el Art. 188 del CPACA, las cuales se liquidaran por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados; y las agencias en derecho se fijarán conforme lo manda el ACUERDO No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016, emanado del Consejo Superior de la Judicatura, que a consideración de este fallador, pero en el presente asunto no se observan ni costas ni agencias en derecho

5. DECISIÓN

Por lo anterior, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

¹ Sentencia del Consejo de Estado- Sección Segunda, radicado Interno No. 12912014, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, de fecha 05 de abril de 2016





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00300-00

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme se explicó en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia archívese el expediente, dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez

