



Cartagena de Indias D. T y C, Tres (03) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Radicado	13-001-33-33-008-2018-00048-00
Demandante	HEYDER CARO CARVAJALINO
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL
Tema	Incremento conforme al IPC
Sentencia No	0213

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Oral Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por **HEYDER CARO CARVAJALINO**, 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 No. 20160423330318501 del Ministerio de Defensa Nacional 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 43597 consecutivo 2016-43597 de 29 de junio de 2016 de CREMIL.
4. Que se condene a la demandada NACION- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y CAJA DE RETIROS DE LAS FUERZAS MILITARES, a título de restablecimiento del derecho, a reajustar la asignación básica mensual, incorporando dentro de ella los porcentajes favorables del IPC que tuvo el grado de Jefe Técnico entre los años 1997 a 2004, equivalentes a un total del -13.83%.
5. Que se condene a la demandada NACION- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y 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 de la Armada Nacional, y devenga asignación de retiro reconocida mediante resolución No. 4932 de 11 DE OCTUBRE DE 2011. Posteriormente, elevó petición ante CREMIL el 08 de junio 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.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00048-00

- 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.

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 "falta de legitimación en la causa por pasiva y 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 14 de marzo de 2018, siendo admitida mediante auto adiado 06 de abril de 2018 y fue notificada al demandante por estado electrónico 039.

Posteriormente fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público el 18 de abril de 2018 de conformidad con el artículo 199 del CPACA.

Por último, mediante auto de fecha 23 de agosto de 2018 se citó a las partes a audiencia inicial para el día 03 de octubre 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:

- **CREMIL.** Se ratifica en los hechos expuestos con la contestación de la demanda (AUDIO).
- **ARMADA NACIONAL.** 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 al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago del incremento del IPC ocasionado para los años en que este fue mayor en el periodo de 1997 a 2004, ya que a voces del actor durante ese periodo hubo violación a la Constitución Política y debe aplicarse las excepciones de constitucionalidad a los Decretos que ordenaron el reajuste de los salarios del demandante.

- **TESIS**

Las pretensiones de la demanda serán negadas, ya que antes que violar los principios constitucionales que se citan como vulnerados, las demandadas obraron dentro de los parámetros establecidos por el constituyente y el legislador; atendiendo las normas para reajuste de salario para los miembros de la fuerza pública, y no causó atentado contra los derechos adquiridos por el demandante, tampoco se encontró violación de norma legal alguna.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00048-00

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

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

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”*¹.

La jurisprudencia ha reconocido el amplio margen de configuración que tiene el Legislador para regular las materias relacionadas con el sistema de seguridad social², 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 modelo³, 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

¹ Corte Constitucional, sentencia C-967 de 2003

² Cfr., entre otras, las sentencias C-1489 de 2000, C-617 de 2002, C-1027 de 2002 y C-516 de 2004.

³ 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.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00048-00

la seguridad social, porque esas fueron precisamente algunas de las tareas expresamente asignadas en la Carta del 91^{va}.

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 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"⁵.

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 4^a de 1992⁶, 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.***

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-791 de 2002.

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. 13-001-33-33-008-2018-00048-00

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**.*

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 períodos de tiempo”⁷

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”, señala sobre las asignaciones de los miembros de la fuerza pública lo siguiente:

ARTICULO 73. ASIGNACIONES MENSUALES. Las asignaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares serán las determinadas por las disposiciones legales vigentes.

ARTICULO 75. ASIGNACIONES MENSUALES Y PRIMAS PARA OFICIALES Y SUBOFICIALES DEL ESCALAFON COMPLEMENTARIO. Los Oficiales y Suboficiales inscritos en el Escalafón Complementario mientras permanezcan en servicio activo, devengarán la asignación básica, primas, subsidios y viáticos correspondientes al grado inmediatamente superior.

Por su parte respecto a la asignación de retiro el 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 psicofísica, 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

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-432 de 2004.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00048-00

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 Decreto 4433 de 2004⁸, el cual desarrolló la Ley 923 de 2004⁹, manteniendo vigente este sistema de reajuste.

Como se observa el pago de las asignaciones de retiro de los agentes de la Policía Nacional está plenamente reglamentada por los decretos atrás citados, y en el cual se

⁸ 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.

⁹ 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. 13-001-33-33-008-2018-00048-00

fundamentó el reconocimiento de la asignación del demandante, y que encontraban vigentes al momento del reconocimiento de la asignación de retiro del demandante, esto es el Decreto 2337 de 1971 y 183 de 1975, y demás normas concordantes en la materia, según se observa de la Resolución No. 1684 de 1975, que le reconoció la asignación del retiro al actor visible a folio 17 del expediente.

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 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: "Párrafo 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".

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.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00048-00

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.

Paralelamente se ha de recordar que la Ley 923 de 2004, en el artículo 3º 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 Garcia, 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. Víctor Hernando Alvarado Ardila, en las que se señaló:

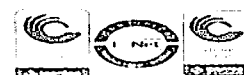
“En efecto, la precitada sentencia de 17 de mayo de 2007, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, señaló que el límite al derecho de reajuste de las asignaciones de retiro y pensiones, sujetas al régimen especial de la Fuerza Pública, se encontraba determinado por la entrada en vigencia 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)

La excepción de inconstitucionalidad

La excepción de inconstitucionalidad es una prerrogativa otorgada a los jueces y a los servidores públicos que en función administrativa, puedan entrar a dejar de aplicar una norma porque se considera inconstitucional, consagrado en el artículo 4º de la Constitución Política, ahora para que esta opere es necesario que se observe una flagrante oposición entre las normas constitucionales y la norma cuya inaplicación por esta vía se pretende, así lo ha establecido el Honorable Consejo de Estado en los siguientes términos:

“La excepción de inconstitucionalidad es uno de los mecanismos de control establecidos para garantizar la supremacía de la Constitución, cuyo fundamento deviene del artículo 4º superior y faculta a todas las autoridades administrativas y judiciales para que, en la resolución de una situación particular y concreta, inapliquen una disposición legal o reglamentaria por ser contraria a la Constitución. La Corte Constitucional estableció que para inaplicar las normas contrarias a la Carta Política, se debe verificar que el contenido de la disposición sobre la que se predica la inconstitucionalidad sea evidentemente contrario a la Constitución. De tal manera que, el





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00048-00

concepto de incompatibilidad es elemento esencial para que la inaplicación sea procedente, ya que, de no existir, quien está llamado a aplicar la ley no puede argumentar la inconstitucionalidad de la norma para evadir su cumplimiento. En este sentido, valiéndose del significado del vocablo incompatibilidad, la Corte ha dicho que son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe"

De acuerdo con lo anterior, no basta solo con que la parte demandante enuncie que una determinada norma vulnera las normas constitucionales en atención a que no consagra para el actor un beneficio no consagrado para él.

Bajo estos supuestos normativos se decidirá el caso en concreto.

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 No. 20160423330318501 del Ministerio de Defensa Nacional del 04 de julio de 2016 y acto administrativo oficio 43597 consecutivo 2016-43597 de 29 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 la Armada Nacional, y que este reajuste se efectúe con base en el índice de Precios al Consumidor en los años en que este fue superior al sistema que reajusta los salarios de los miembros de la Fuerza Pública, además solicita que se restablezca su derecho incrementando su Asignación de Retiro de conformidad como consecuencia del reajuste que se haga de los salarios que percibió durante los años 1997 a 2004.

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 Suboficial Segundo y luego de Suboficial Primero de la Armada, con baja efectiva el 23 de agosto de 2011 y que se le reconoció su asignación de retiro mediante resolución No. 4932 de octubre 11 de 2011 (fl 34-35), reconocimiento que se hizo bajo las normas existentes para el sector de las fuerzas armadas aprobado por el Legislador como autoridad competente para tal fin y que la Corte Constitucional no ha declarado inexecutable.

En este momento también es importante recordar que en lo que atañe al reajuste de salarios el Consejo de Estado en su sala segunda, de fecha 15 de septiembre de 2016, dentro der radicado interno 1204-2012, y Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez, el cual respecto a reliquidación de salarios determinó:



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00048-00

"Posteriormente, la Corte Constitucional emitió la sentencia C-1064 de 2001 mediante la cual avaló las consideraciones expuestas en la sentencia C1433 de 2000 empero, se apartó de las conclusiones que en ella se plasmaron con respecto al reconocimiento del derecho a mantener el poder adquisitivo de los salarios con fundamento solamente en la base de la inflación del año anterior.

Al respeto, señaló la corte que tal orden es incompatible con otros precedentes de la propia corporación y específicamente con la ratio decidendi de las sentencias C-710 de 1999 y C-815 de 1999 puesto que estas no limitaron como único criterio para el incremento salarial la base de inflación del año anterior, sino que consideraron que tal medida dependía de una ponderación de un conjunto de factores sociales y económicos y no solo de éste.

En la sentencia C-1064 de 2001 la Corte consideró también, que la sentencia C-1433 de 2000 se separó del precedente jurisprudencial de dicha corporación que concibe el derecho a la igualdad bajo un criterio material o sustancial según el cual «hay que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales». (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Vemos de los lineamientos jurisprudenciales anteriores, que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, no limitan como único criterio para el incremento salarial la base de inflación del año anterior, pues igualmente consideran que tal medida depende de una ponderación de un conjunto de factores sociales y económicos y no solo de éste; y en el presente asunto la normatividad que se pide inaplicar gozó de legalidad en el período en que se encontró vigente, pues nunca se afectó por inconstitucionalidad o se decretó nulidad sobre la misma por parte de los Tribunales de cierre, Constitucional y de lo Contencioso Administrativo, sin que se haya traído por parte de la profesional del derecho motivaciones serias que conllevaran a lo pedido, resaltándose que tal normativa, basada en lineamientos constitucionales y legales decretó el aumento salarial del personal vinculado a las Fuerzas Públicas, por lo que no es de recibo para esta Casa Judicial la motivación expuesta por la apoderada del demandante para la solicitud de inaplicación.

De otro lado, pero en atención a la misma temática, para abundar en razones, se debe destacar igualmente que en el remoto caso de haber sido procedente la inaplicación el ordenamiento colombiano impone la obligación de ejercer y/o reclamar los derechos laborales dentro de un término específico, incidiendo en ello la periodicidad o no del derecho que se reclama, al respecto determinó el Consejo de Estado¹⁰:

"Conforme la sentencia de la Corte Constitucional y las reseñadas del Consejo de Estado se obtiene que las prestaciones periódicas son aquellos pagos corrientes que le corresponden al trabajador, originados en una relación laboral o con ocasión de ella, que se componen de prestaciones sociales que son beneficios para cubrir riesgos del empleado y no sociales como el pago del salario, pero que una vez finalizado el vínculo laboral las denominadas prestaciones periódicas dejan de serlo, salvo las correspondientes a la prestación pensional o una sustitución pensional que pueden ser demandados en cualquier tiempo, aún después de culminado el vínculo laboral."
(Negrillas y subrayas fuera de texto)

¹⁰ Consejo de Estado en su sala segunda, de fecha 13 de febrero de 2014, dentro del radicado interno 0798-2013, Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00048-00

Y se observa que el asunto bajo estudio, el accionante laboró al servicio de la Armada Nacional, y devenga asignación de retiro reconocida mediante resolución No. 4932 de 11 de octubre de 2011, y solo hasta el 08 de junio de 2016 elevó petición de reliquidación salarial, vemos entonces que respecto a este punto no se puede predicar periodicidad, debido a que había terminado con mucha antelación el vínculo laboral, e igual que la petición se elevó transcurridos los cuatro años que confiere la norma especial para reclamar el derecho laboral respectivo, por lo que en caso tal se materializaría la institución de la prescripción del derecho.

A renglón seguido, en lo que atinente a la reliquidación de la asignación de retiro, tampoco sería procedente ya que no prospera el reajuste de los salarios en el período pedido en los 1997 a 2004 cuando el demandante se encontraba en actividad, y respecto a la actualización que se hace anual de las asignaciones de retiro, 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, 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.

Como conclusión podemos decir, que el derecho de los Oficiales y Suboficiales de las FFMM a que su remuneración sea incrementada tiene fundamento en el mismo origen del personal retirado y pensionado, que es en la Constitución y constituye garantía del mantenimiento del poder adquisitivo del salario. Que se justifica un trato diferencial como el reconocimiento justo que hace el Estado colombiano a sus soldados quienes hacen un sacrificio para la consecución de los fines del Estado, como es garantizar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (CP, art. 2), y que además gozan de otras prestaciones especiales que la Corte Constitucional ha considerado que lejos de ser inconstitucionales, pretenden hacer efectivos los principios de igualdad material y equidad, partiendo de unas mejoras salariales y pensionales, por el riesgo inminente de sufrir un daño, es decir los militares son puestos en condiciones excepcionales, (Corte Constitucional, Sentencia C563/95); y que estas prestaciones adicionales constituyen beneficios que otros régimen no contemplan; entonces mal podría tomarse de cada régimen "aquellos" que es más benéfico y desechando lo que no lo es en aras de una supuesta violación de los principios constitucionales que no existen, y descuadrando el régimen prestacional y ajustándolo a la medida a como cada sector considera que es le es más beneficioso.



Radicado No. 13-001-33-33-008-2018-00048-00

Por tanto, antes que violar los principios constitucionales 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 Estado¹¹ a través de su jurisprudencia.

Ahora bien, la condena en costas a la parte vencida se profiere de conformidad con el Art. 188 del CPACA, las cuales se liquidan por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados; y las agencias en derecho se fijan según lo manda el ACUERDO No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016, emanado del Consejo Superior de la Judicatura; no obstante todo lo anterior, en el caso de marras no habrá condena en costas como quiera que no se encontró acreditado la causación de las mismas.

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,

FALLA:

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

SEGUNDO: No condenar en costas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez

¹¹ Sentencia del Consejo de Estado- Sección Segunda, radicado Interno No. 12912014, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, de fecha 05 de abril de 2016

