REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

JUZGADO 9° ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Radicado:	11001-33-35-009-**2019-00002**-00
Naturaleza:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante:	JIMY ALBERTO GUERRERO ÁLVAREZ
Demandado:	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Vinculado:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, profiere sentencia en los términos del artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 182 A de la Ley 1437 de 2011, en el proceso iniciado por el señor **Jimy Alberto Guerrero Álvarez contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional** y con la vinculación oficiosa de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL.

I. Antecedentes

1.1 La demanda

1.1.1 Pretensiones

Según el libelo y la subsanación, la parte actora en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 del CPACA), pretende la nulidad del Oficio No. 20183171611251 del 27 de agosto de 2018, expedido por la Dirección de Personal del Ejército Nacional y el acto ficto negativo originado por el silencio de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional frente a la petición sobre reajuste de la asignación de retiro, radicada el 13 de agosto de 2018[1].

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y, a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene: **i)** al Ministerio de Defensa reliquidar desde el 1º de

[1] Páginas 4-5 y 44-49 – archivo 1 del expediente electrónico.

enero de 2001 y hasta la fecha de retiro del servicio activo, la asignación básica que devengaba en actividad, de conformidad con el IPC certificado por el DANE, para los años 2001, 2002, 2003 y 2004 y las primas legales y convencionales, las vacaciones, las cesantías y demás prestaciones sociales que se vean impactadas por el reajuste de la asignación básica; **ii)** reliquidar la asignación de retiro como consecuencia del incremento en la asignación básica y las primas y prestaciones sociales que dependían de la misma; **iii)** pagar las diferencias causadas de manera sucesiva y debidamente indexadas por tratarse de prestaciones periódicas; **iv)** pagar las costas y agencias en derecho; y **vii)** dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176-178 del CPACA.

1.1.2Fundamentos fácticos

Narró el actor que, es retirado del servicio activo de las Fuerzas Militares y que desde el año 1997 al 2004, el incremento salarial decretado por el Gobierno nacional para los integrantes de la Fuerza Pública fue inferior al IPC certificado por el DANE, sin tener en cuenta que para los trabajadores colombianos el reajuste anual del salario debe tener como base el referido IPC.

Expuso que, esta pérdida de poder adquisitivo, impactó de manera desfavorable las primas y demás prestaciones que dependen de la asignación básica y, por consiguiente, la asignación de retiro que se liquida conforme lo devengado en actividad.

Puso de presente que, el 13 de agosto de 2018, solicitó ante la Dirección de Personal del Ejército Nacional, la reliquidación de su asignación básica, lo cual se resolvió de fondo y de manera desfavorable a través del oficio No. 20183171611251 del 27 de agosto de 2018; también les pidió la reliquidación de su asignación de retiro, sobre lo cual, sostiene, no hubo pronunciamiento de la administración.

1.2 Fundamentos de derecho.

Consideró que el erróneo reajuste salarial decretado por el Gobierno nacional para los años reclamados riñe con los artículos 2, 4, 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política; y resaltó que la noción <<aumento salarial>> implica un incremento en el valor nominal de la remuneración, es de carácter obligatorio y debe atender a fenómenos inflacionarios definidos por el IPC del año anterior, características que lo diferencian de un mero <<ajuste salarial>>.

Se refirió al principio de oscilación y a las previsiones del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y su aplicación a los integrantes de la Fuerza Pública, así como a la similitud existente entre la pensión de jubilación y la asignación de retiro e insistió en que, para

los años reclamados los reajustes imputados a los salarios de los miembros de la Fuerza Pública en actividad fueron inferiores al IPC certificado por el DANE.

Citó pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en torno al tema y concluyó los incrementos previstos para su sueldo en actividad le generan una situación desventajosa y desfavorable.

1.3 Contestación Demanda

1.3.1 CREMIL

La apoderada de la entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones; precisó que al demandante le fue reconocida asignación de retiro mediante Resolución No. 14587 del 8 de junio de 2017, efectiva a partir del 11 de julio de 2018, por lo que la entidad carece de legitimación para responder por el reajuste pretendido sobre la asignación básica devengadas para los años 1997 a 2004.

Explicó la naturaleza jurídica de la entidad y se refirió a la especialidad del régimen que cobija a los miembros de la Fuerza Pública, el cual consagra el principio de oscilación como sistema de incremento de las asignaciones de retiro, sin que sea posible efectuar variaciones sobre el régimen aplicable, acogiéndose solamente a lo que le resulte más favorable.

Invocó observancia por el principio de sostenibilidad económica; alegó que no se configura falsa motivación en el acto administrativo acusado y solicitó que no se le condene en costas y agencias en derecho.

Propuso como excepciones, las siguientes:

- Inepta demanda por indebido agotamiento de procedimiento administrativo, destacando que no se había presentado petición de reliquidación alguna ante esa entidad.
- Falta de legitimidad en la causa por pasiva para realizar cualquier reajuste con anterioridad al 11 de julio de 2018, fecha de retiro efectivo.

1.3.2 Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Este extremo de la litis se opuso a la prosperidad de las pretensiones; adujo que a las Fuerzas Militares se les aplica la escala gradual para regular sus salarios, los cuales son fijados por el Gobierno nacional a través de decreto, de conformidad con lo previsto en la Ley 4ª de 1992.

Consideró que resulta imposible dar aplicación a la Ley 100 de 1993 para reajustar la asignación básica en servicio activo, por el régimen especial que cobija al demandante y por las exclusiones previstas en la misma ley y precisó que, para los años 2001 a 2004 el accionante se encontraba en servicio activo y su salario fue incrementado conforme a los decretos anuales previstos para ello.

Con fundamento en lo expuesto, solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda.

1.4 Trámite procesal

La demanda fue radicada el 11 de enero de 2019; mediante auto del 4 de marzo de 2019 se inadmitió el medio de control; con proveído del 23 de abril de la misma anualidad se dispuso su admisión en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y se ordenó la vinculación oficiosa de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, conforme las consideraciones expuestas en el citado proveído; y a través de providencia del 23 de junio de 2022 se resolvió lo pertinente respecto de las excepciones propuestas, se agotó la etapa probatoria, se fijó el litigio y se corrió traslado para alegar de conclusión.

1.5 Los Alegatos de conclusión.

En el término concedido por el Despacho la vinculada CREMIL guardó silencio, la parte demandante y la entidad demandada presentaron escrito de alegaciones en tiempo y el Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

1.5.1 Alegatos de la parte actora

La parte demandante allegó en oportunidad su escrito de alegatos, señalando que existe precedente jurisprudencial de carácter obligatorio que ha reconocido y ordenado el pago de lo pretendido en esta demanda, a otros oficiales del Ejército Nacional de Colombia.

Por último, advirtió que, si bien los uniformados que pertenecen al Ejército Nacional gozan de un régimen especial en materia prestacional, y que de conformidad con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 no podrían ser beneficiarios de las normas generales del sistema de seguridad social, es a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995 y por efectos del parágrafo 4° que adicionó el mencionado artículo, es jurídicamente posible

aplicar el contenido del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 a los servidores del régimen especial, en cuanto tiene que ver con el reajuste de pensiones.

Lo anterior determina, que, en el enfrentamiento entre el sistema de reajustes a través de la oscilación de las asignaciones en actividad, que según la demandada debe prevalecer sobre el sistema establecido en el artículo 14 de la ley 100, de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución Política, se habrá de dar preferencia a la norma más favorable; tomando en consideración que, la actualización del salario o incremento anual salarial se realiza con el fin de que sobre el mismo no ocurra el fenómeno de pérdida del valor adquisitivo del dinero por el transcurso del tiempo.

1.5.2 Alegatos de conclusión CREMIL

La parte vinculada, CREMIL, no presentó escrito de alegaciones finales, pese a estar debidamente notificado el auto que corre traslado para alegar de conclusión.

1.5.3 Alegatos de conclusión Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

La apoderada de esta entidad señaló que las causales de nulidad de los actos administrativos se encuentran taxativamente previstas en la Ley, las cuales consideró no configuradas y reiteró que los ajustes salariales para los integrantes de la Fuerza Pública se efectúan de conformidad con lo previsto en la Ley 4ª de 1992 y los decretos anuales expedidos por el Gobierno nacional.

Se ratificó en los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda encaminados a demostrar la imposibilidad de dar aplicación a la Ley 100 de 1993 para la situación particular del accionante; agregó que, acceder al reajuste reclamado atentaría contra el interés general y el patrimonio público y, para terminar, solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda.

1.5.4 Concepto del Ministerio Público

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Problema jurídico

De conformidad con la fijación del litigio planteada en auto del 23 de junio de 2022, el problema jurídico se contrae a determinar si el demandante tiene derecho a que la

Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional reajuste su asignación básica devengada en actividad de conformidad con el I.P.C. certificado por el DANE para los años 2001, 2002, 2003 y 2004, los efectos de dichos reajustes en las prestaciones y en los salarios posteriores y, si como consecuencia de dicho reajuste, resulta procedente ordenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- CREML, que incremente la asignación de retiro, que fue reconocida a partir del año 2018.

2.2. De lo acreditado en el proceso

De las pruebas obrantes en el proceso se destacan:

2.2.1. Hoja de servicios del demandante No.3-72005707 del 15 de mayo de 2018, en la que se lee que, ingresó el 1° de diciembre de 1999 y se retiró del servicio el 11 de abril de 2018 (págs. 85-86 – archivo 1).

2.2.2. Resolución No. 14587 del 8 de junio de 2018, por medio de la cual CREMIL reconoció al demandante asignación mensual de retiro, efectiva a partir del 11 de julio de 2018 (págs. 30-32 archivo 1).

2.2.3. Petición radicada ante el director de Personal del Ejército Nacional el 13 de agosto de 2018, a través de la cual solicitó el reajuste de la asignación básica y demás haberes devengados en actividad y sus efectos en la asignación de retiro (págs. 23-27 archivo 1).

2.2.4. Oficio No. 20183171611251 del 27 de agosto de 2018, por medio del cual el Comando de Personal del Ejército Nacional niega la pretensión de reajuste presentada por el demandante (pág. 22 archivo 1).

2.3. De las excepciones mixtas

Como se mencionó en el auto del 23 de junio de 2022, es la sentencia que pone fin a la controversia la oportunidad para pronunciarse respecto de las excepciones mixtas, por lo que se procede de conformidad:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva**

CREMIL alegó que, comoquiera que el demandante persigue el reajuste por IPC para los años 2001 a 2004 durante los cuales estaba en servicio activo, no es la llamada a responder por el reajuste pretendido.

Esta excepción no está llamada a prosperar, toda vez que, en primera medida, la petición que dio origen a uno de los actos administrativos acusados fue radicada ante la Caja y, comoquiera que, dentro de las pretensiones de la demanda está aquella encaminada a obtener el reajuste de la asignación de retiro que devenga el demandante, considera esta Sede Judicial que se encuentra definida la legitimación en la causa por pasiva **formal,** mientras que, la **material** deberá definirse de acuerdo a la prosperidad o no de las pretensiones.

2.4. El acto acusado y el silencio administrativo

El silencio administrativo es efecto de la demora de la administración para resolver las solicitudes, reclamaciones y recursos que ante ella se han formulado; la ley ha establecido unos precisos términos para que esa ficción legal opere y la jurisprudencia distingue dos clases de silencio administrativo, a saber: i) el negativo, en el que transcurrido el plazo legal, la petición se entiende desestimada y ii) el positivo, en el que ante la omisión, la reclamación se considera que ha sido resuelta favorablemente.

La Ley 1437 de 2011 ha fijado términos distintos, ya sea que se trate de simples reclamaciones en ejercicio del derecho de petición en interés individual, o de la interposición de recursos para agotar la vía administrativa. En efecto, el artículo 83 del CPACA, señala:

> <<*Silencio negativo. Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa*>> (Subrayado del Despacho)

En el presente proceso, se encuentra probado que el demandante solicitó ante la Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional la reliquidación de la asignación básica que devengaba en actividad, de conformidad con el IPC certificado por el DANE, para los años 2001, 2002, 2003 y 2004 y las primas legales y convencionales, las vacaciones, las cesantías y demás prestaciones sociales que se vean impactadas por el reajuste de la asignación básica, lo cual fue resuelto en oficio demandado No. 20183171611251 del 27 de agosto de 2018; pero también solicitó de la demandada el reajuste de la asignación de retiro, en su petición radicada el 13 de agosto de 2018, petición sobre la cual a la fecha no se ha proferido respuesta de fondo, razón por la cual al haber transcurrido más de tres (3) meses, desde la presentación de la solicitud, sin obtener respuesta clara y definitiva, se tiene por configurado el acto presunto negativo sobre esa especifica pretensión.

2.5. Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso

Precisado lo anterior, procede el Despacho, a explicar la evolución en tres etapas de lo sucedido con el IPC, para la prestación que se demanda:

Primera etapa. - Consagra el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 una fórmula para mantener el poder adquisitivo de las pensiones, cualquiera fuere el régimen de ellas, pero en el artículo 279 se excluye de esa regla al personal de la Fuerza Pública, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la mencionada Ley.

Segunda etapa. - Posteriormente, el artículo 1º de la Ley 238 de 1995, adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, para reconocerle a los miembros de la Fuerza Pública, el beneficio de la indexación, así:

> *<<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>>.*

Tercera etapa. - Con el Decreto 4433 de 2004 se consagra el principio de oscilación para el **incremento de las asignaciones de retiro**, conforme con la variación de las asignaciones de oficiales y suboficiales en actividad y prohíbe acogerse a normas que regulen ajustes para la Administración Pública, a menos que así lo regule expresamente la ley.

Sobre el tema, el Consejo de Estado en sentencia de 5 de abril de 2017, con ponencia del consejero William Hernández Gómez, (interno 3181-14), recordó lo expuesto en fallo del 4 de marzo de 2010, con ponencia del doctor Luis Rafael Vergara Quintero, que al respecto señaló:

> <<El reajuste ordenado respecto de los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004 sobre la pensión de invalidez, con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, está limitado al 31 de diciembre de 2004, toda vez que a partir del 1.º de enero de 2005 se implementó nuevamente la aplicación del principio de oscilación a través de la expedición del Decreto 4433 de 2004; el reajuste ordenado incide directamente en la base de la respectiva prestación pensional y debe servir para la liquidación de los incrementos que a partir del año 2005 se efectuaran sobre dicha prestación.
>
> A partir del 1.º de enero de 2005 el reajuste de las asignaciones de retiro del personal de la Fuerza Pública, que había cesado en la prestación de sus servicios, debe efectuarse conforme al principio de oscilación previsto en el artículo 42 del decreto 4422 de 2004, sin embargo, no se debe perder de vista que el reajuste desde el año 1997 al año 2004 debe reflejar el aumento que debió tener la pensión de invalidez a partir del año 2005.
>
> En otras palabras, los incrementos que se efectúen sobre la pensión de invalidez de un oficial o suboficial de la Fuerza Pública en retiro a partir de la entrada en vigencia del Decreto 4433

de 2004, esto es el 1 de enero de 2005 deben tener en cuenta el incremento de la variación porcentual del índice de precios al consumidor de los años 1997 a 2004.>>

Así las cosas, está visto que el incremento de ley está previsto **para la asignación de retiro**, **no para los salarios**, consagrado aquel en favor del personal desvinculado del servicio, quienes generalmente no tienen capacidad laboral y porque en la época estaban afectados en sus ingresos debido a que se paralizaban las pensiones en su cuantía y se menoscababa en esas edades mayores con la inflación de los años anteriores al de aplicación del principio de oscilación, por lo que, se deterioró gravemente en tiempos en los que la inflación era de dos dígitos.

2.6. Caso concreto

Está acreditado en el plenario que al demandante le fue reconocida asignación de retiro a partir del 11 de julio de 2018 (págs. 30-32 archivo 1), es decir que, para los años 2001 a 2004, éste se encontraba en servicio activo, como da cuenta de ello su hoja de servicios págs. 85-86 – archivo 1); por lo que, **no tiene derecho al reajuste** por IPC para dichos años, pues como se explicó en precedencia éste solo opera para asignaciones de retiro y pensiones porque así lo previó el legislador debido a la finalidad perseguida con ello.

Esta posición ha sido asumida por el Consejo de Estado[2], que en un caso similar al que aquí se discute, consideró:

> *<<En cuanto a la reliquidación de la asignación básica y prestaciones devengadas por el demandante en servicio activo conforme al índice de precios al consumidor por el periodo comprendido entre el año de 1997, 2001, 2002, 2003, se tiene que dicha pretensión no es procedente, en la medida que conforme la Ley 4 de 1992, las asignaciones básicas del personal de la fuerza pública fueron fijadas anualmente mediante decreto por el Gobierno Nacional. En efecto, en los Decretos anuales correspondiente a los años 1997, 1999, 2001, 2002, y 2003 se establecieron los montos salariales que devengó el demandante como oficial activo de la Policía Nacional, sin que sea pertinente acudir a una fuente distinta para realizar el correspondiente incremento salarial, en la medida que existe prohibición expresa consagrada en el artículo 10 de la citada Ley 4 de 1992 e implicaría la modificación de la escala gradual porcentual, con base en la cual el Gobierno Nacional fija anualmente los sueldos básicos del personal de las fuerzas militares en actividad>>.*

Entonces, comoquiera que no resulta procedente reajustar la asignación básica devengada en actividad por el demandante de conformidad con el IPC certificado por

[2] Sección segunda, Subsección A, sentencia proferida el 28 de enero de 2021, con ponencia del consejero Gabriel Valbuena Hernández, dentro del proceso con radicado No. 25000234200020170021401.

el DANE, tampoco hay lugar a incrementar la asignación de retiro, por lo que, se negarán las pretensiones de la demanda.

3. Condena en costas y agencias en derecho

Finalmente, en atención al primer inciso del artículo 188 del CPACA[3], en concordancia con el numeral octavo[4] del artículo 365 del C.G.P, este despacho se pronunciará, en primera instancia, sobre la **condena en costas**, advirtiendo que sobre este aspecto no ha habido posición unificada jurisprudencial, por parte del Consejo de Estado (en tratándose del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho). Por lo tanto, no **condenará en costas en esta instancia a la parte demandante**, toda vez que, si bien resultó vencida, la entidad demandada no pidió en la contestación de la demanda, que fuera condenado en costas el actor, como tampoco se encuentra comprobada su causación. Esta tesis de resolución de costas encuentra aún mayor respaldo en el actual criterio objetivo valorativo[5] desarrollado por la Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR configurado el acto presunto negativo originado por el silencio de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional frente a la petición de reajuste de asignación de retiro radicada por el demandante el 13 de agosto de 2018, conforme a las consideraciones expuestas.

---

3 **ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS.** 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.

4 **ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:
(…)
8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

5 Sobre el criterio objetivo valorativo, se pueden consultar las siguientes sentencias: **1.** Consejo de Estado; Sección Segunda - Subsección A; C.P.: William Hernández Gómez; sentencias del 21 de junio de dos mil 2018; Rad: 52001-23-33-000-2014-00010-01(0582-15); Actor: Lauro Javier Rodríguez Marcillo; Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP; y **2.** Consejo de Estado; Sección Segunda - Subsección A; sentencia del 22 de abril de 2021; Radicación No. 25000-23-42-000-2013-03839-01(0056-18); M.P. William Hernández Gómez; Demandante: Najia Susana Salame Clavijo; Demandada: Ministerio de Defensa Nacional.
"(…) Esta Subsección en providencia con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez[28] sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en aquella oportunidad se determinó el criterio objetivo-valorativo para la imposición de condena en costas (…)
(…)
Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso no se condenará en costas en segunda instancia a la parte demandada, toda vez que si bien resulta vencida en esta oportunidad, el demandante no intervino oportunamente ante la Corporación".

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS en esta instancia, por lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: REMITIR copia de esta providencia, en los términos del artículo 205 del CPACA, modificado por el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021, a los siguientes correos electrónicos:
notificacionesjudiciales@cremil.gov.co; angie.espitia@mindefensa.gov.co; angie.espitia29@gmail.com; notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co; esperdroit@hotmail.com;

QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, **ARCHIVAR** el expediente, previas las constancias de rigor.

SEXTO: Esta providencia **DEBE** incorporarse al expediente digitalizado, organizado en OneDrive, ordenando alimentar simultáneamente el sistema de información Justicia XXI y el de la Rama Judicial Web.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA CECILIA PIZARRO TOLEDO
Juez

NBM