



Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Barranquilla, 28 de septiembre de 2020

Radicado	08-001-33-33-006-2019-00009-00
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	Jairo Erney Cerón Castro
Demandado	Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL"
Jueza	Lilia Yaneth Álvarez Quiroz

1.- Pronunciamiento.

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por el señor Jairo Erney Cerón Castro, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL", de conformidad con los artículos 181 y 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

2.- Antecedentes.

2.1.- Pretensiones.

Se sintetizan de la siguiente manera:

-. Se Declare la inaplicabilidad por excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, fundamentada en el artículo 4 de la Constitución Nacional, de los Decretos: 122 de 1.997, 62 de 1.999, 2737 de 2.001, 745 de 2.002, 3552 de 2003, y 4158 de 2.004, "por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y empleados Públicos del Ministerio de Defensa, Las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes, y soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial", en cada uno de esos años.

-. Se declare que es Nulo el Acto Administrativo Oficio No.20183171290181:MDNCGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 09 de julio de 2.018 Expedido por el Oficial de Nómina del Comando de Personal-Dirección de Personal del Ejército Nacional, mediante el cual declaró que no hay lugar al reconocimiento y pago de la asignación con base en el IPC, reclamada por el actor.

-Se declare que es nulo el acto administrativo Oficio No.0065984 del 09 de julio de 2.018 expedido por la Coordinadora Grupo Centro Integral de Servicio al Usuario de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante el cual declaró que no hay lugar al reconocimiento y pago de la asignación con base en el IPC reclamada por el actor.

- Como consecuencia de lo anterior, y a título de Restablecimiento del Derecho, solicita se reliquide y reajuste el salario del demandante desde el año 1.997 hasta el 31 de diciembre de 2.004 y desde esa fecha hasta el 10 de junio de 2.006, fecha de su retiro del Ejército Nacional, y consecuencialmente el reajuste de su Asignación de Retiro a partir del 10 de junio de 2.006 hasta la sentencia de primera o de segunda instancia, de manera tal que los reajustes anuales que hayan sido iguales o superiores a la variación anual del IPC certificada por el DANE se mantengan sin alteración, y los reajustes anuales que hayan sido inferiores a la variación anual del IPC se incrementen hasta el porcentaje de dicha variación.

- Que se pague por parte del Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, la suma total indexada hasta la fecha en que se haga efectivo el desembolso del reajuste.

- Se tenga en cuenta en la nueva asignación básica del accionante y con retroactividad, por parte del Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, los valores correspondientes a la aplicación de las otras primas que constituyen parte integral de su salario.

- Que el resultado final de la sumatoria de los porcentajes de incremento se incluya en el valor de la asignación de retiro actual por parte de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

- Que a partir de la fecha se continúen haciendo los reajustes anuales de esta asignación en un porcentaje igual o superior a las variaciones anuales correspondientes del IPC.

- Se condene a los demandados en costas y agencias en derecho

2.2.- Hechos.

Para mejor comprensión del asunto, el Despacho resume los hechos expuestos de la siguiente manera:

- El señor JAIRO ERNEY CERON CASTRO prestó sus servicios en el Ejército Nacional por espacio de 25 años, 02 meses y 11 días, hasta llegar al grado de Teniente Coronel, tal como consta en la hoja de servicios que reposa en los archivos las entidades convocadas.

- El señor JAIRO ERNEY CERON CASTRO tiene reconocida su asignación de retiro mediante Resolución No.1359 del 11 de mayo de 2.006 de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a partir del 10 de junio de 2.006.

- La última unidad militar en donde prestó sus servicios el señor JAIRO ERNEY CERON CASTRO, fue en el Comando de la Segunda Brigada en Barranquilla-Atlántico.

- En el periodo 1.997 al 31 de diciembre de 2.004, cuando el señor JAIRO ERNEY CERON CASTRO estaba en actividad al servicio del Ejército Nacional, los incremento legales anuales decretados por el Gobierno Nacional para la Fuerza Pública, y en particular para el demandante, estuvieron por debajo del INDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR consolidados por el "DANE".

- El día 12 de junio de 2.018, el señor Cerón Castro elevó derecho de petición al Ministerio de Defensa Nacional, solicitando se RELIQUIDE Y REAJUSTE sus salarios junto con las partidas computables en el periodo 1.997 al 10 de marzo de 2.006, de tal manera que los reajustes anuales que hayan sido iguales o superiores a la variación anual del IPC certificada por el DANE se mantengan sin alteración, y los reajustes anuales que hayan sido inferiores a la variación anual del IPC se incrementen hasta el porcentaje de dicha variación; se pague la suma total indexada hasta la fecha en que se haga efectivo el desembolso del reajuste, y el resultado final de la sumatoria de los porcentajes de incremento se incluya en el valor de su asignación de retiro actual; se tenga en cuenta en la nueva asignación básica y con retroactividad, los valores adeudados correspondientes a la aplicación de otras primas que constituyen parte integral de su asignación de retiro actual; y que a partir de la fecha se continúen haciendo los reajustes anuales de esta asignación en un porcentaje igual o superior a las variaciones anuales correspondientes del IPC.

- Mediante Oficio No. 20183171290181:MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER1.10 del 09 de julio de 2.018, expedido por el Oficial de Nómina del Comando de Personal-Dirección de Personal del Ejército Nacional, se declaró que no hay lugar al reconocimiento de dicho incremento bajo los parámetros solicitados en la petición.

- El día 12 de junio de 2.018, el actor elevó derecho de petición a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares solicitando la reliquidación y reajuste de su asignación de retiro desde el año de 1.997 hasta el 10 de marzo de 2.006.

- Mediante Oficio No.0065984 del 09 de julio de 2.018 expedido por la Coordinadora Grupo Centro Integral de Servicio al Usuario de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, declaró

que no hay lugar al reconocimiento y pago de la reliquidación de la asignación con base en el IPC, porque en ese periodo se encontraba en servicio activo.

2.3.- Concepto de Violación

La parte demandante presentó el concepto de violación en el libelo introductorio señalando que la Ley 4ª de 1992, en su artículo 42 establece que con base en los criterios y objetivos contenidos en el artículo 22, el Gobierno Nacional, dentro de los primeros diez días del mes de enero de cada año, modificará el sistema salarial correspondiente a los empleados numerados en el artículo 1 literal a), b) y d), aumentando sus remuneraciones. En tal sentido indica que el señor Cerón Castro hizo parte de los miembros de la Fuerza Pública consagrado en el literal d) del referido artículo 12 de la ley 4 de 1.992 y así las cosas, si los reajustes anuales del salario se efectúan por debajo de los índices de inflación causada, consideran que es evidente que en lugar de aumentarse las remuneraciones como lo ordena la ley, lo que se causa es un detrimento al poder adquisitivo, toda vez que en el periodo 1.997 al 2.004 su incremento salarial estuvo por debajo del IPC.

Agrega que, en desarrollo del artículo 48 de la Constitución Nacional, se estableció el sistema general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1.993 que en su artículo 14 establece que las pensiones se reajustaran anualmente según la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, por lo que es evidente que en el periodo 1.997 al 2.004, no se incrementó el salario del demandante según dicho mandato, mientras se encontraba en servicio activo en el Ejército Nacional.

Finalmente trae a colación el artículo 279 de la Ley 100 de 1.993 que excluyó a los miembros de la Fuerza Pública del sistema de seguridad integral creado bajo la vigencia de esta ley, pero aclarando que la Ley 238 de 1.995 adicionó tal artículo, consagrando que las excepciones consagradas no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993 para los pensionados de los sectores allí contemplados.

2.4.- Contestación

2.4.1.- Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL.

CREMIL, dentro de la oportunidad procesal, contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, aduciendo que el régimen prestacional del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares se rige por las disposiciones

especiales vigentes al momento de los hechos, las cuales prevalecen sobre las disposiciones de carácter general.

Plantea que, al pertenecer los miembros de la fuerza pública a un régimen especial, el mismo contempla el hecho 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 conforme a cada grado, de conformidad con el principio de oscilación.

Dice que, el principio de oscilación es el único aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y tiene como objetivo mantener el poder adquisitivo de la asignación de retiro y preservar el derecho a la igualdad entre militares en actividad y en retiro, cuyo desconocimiento comportaría una descompensación injusta e ilegal en contra del personal activo, cuyos salarios son reajustados anualmente por el Gobierno Nacional.

Aunado a lo anterior manifiesta CREMIL que el actor solicita reajuste de su asignación de retiro con base en el índice de precios al consumidor para los años 1997 a 2004, sin tener en cuenta que mediante Resolución No. 1359 de 2006, le fue reconocida la asignación de retiro a partir del 10 de junio de 2006, en consecuencia, con anterioridad a esa fecha el demandante no ostentaba la calidad de retirado, por tanto, no era beneficiario de Asignación de Retiro, por lo que no es posible pretender el reajuste de una prestación que no tenía para ese entonces. Argumenta que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares carece de falta de legitimación en la causa por pasiva, por cualquier reajuste con anterioridad 10 de junio de 2006.

2.4.2.- Ministerio de Defensa Nacional.

En la contestación de la demanda el Ministerio de Defensa Nacional argumentó que no es viable que esa entidad acceda a la pretensión del señor Jairo Erney Cerón Castro en cuanto al reajuste conforme al IPC de su asignación básica mensual del periodo del 1 de enero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2004, pues el demandante estuvo en servicio activo durante esos años y, comoquiera que dicha Caja mediante Resolución 1359 de fecha 11 de mayo de 2006 le reconoció al demandante la asignación de retiro, a partir del 10 de junio de 2006, es claro que el reajuste conforme al IPC solo es aplicable a las pensiones otorgadas por el Ministerio de Defensa Nacional antes del 31 de diciembre de 2004 y a las asignaciones de retiro otorgadas por CREMIL.

En síntesis el Ministerio de Defensa afirma que no le corresponde efectuar reajuste alguno, ya que por el periodo reclamado el actor aún se encontraba activo y no pensionado por esa entidad.

2.5.- Actuación Procesal

La demanda fue presentada el día 25 de enero de 2019, siendo admitida en auto de 15 de mayo de 2019, mediante el cual se dispuso notificar personalmente a las partes y al Ministerio Público, corriéndose traslado en los términos de los artículos 172 y 199 del CPACA y 612 del CGP, actuación surtida en debida forma el día 29 de agosto de 2019.

Vencido el término de traslado de la demanda de que trata el artículo 199 CPACA y 612 del CGP, se corrió traslado de las excepciones planteadas por la parte demandada a través de fijación en lista adiada 18 de febrero de 2020, entre el 19 y el 21 de febrero de esa anualidad.

Seguidamente, vencido el termino de traslado de las excepciones, de conformidad con lo estipulado en el Decreto 806 de 2020, por el cual se adoptaron medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del actual Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, artículo 13, mediante Auto calendado 30 de julio de 2020 se dispuso la presentación de los alegatos de conclusión, otorgando a las partes el término de 10 días, ello a efecto de dictar sentencia anticipada por tratarse un asunto de puro derecho donde no era necesaria la práctica de pruebas.

2.6.- Alegaciones

La parte demandante y demandada alegaron de conclusión, reiterando lo planteado en la demanda y su contestación.

2.7.- Concepto Del Ministerio Público

En esta oportunidad, el ministerio público no rindió concepto

3.- Control de legalidad.

No advirtiéndose ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, se procederá a dictar la sentencia correspondiente.

4.- Consideraciones.

4.1.- Cuestión previa.

El apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares propuso como excepción de las enlistadas en el numeral 6 del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, la falta de legitimación por pasiva, aduciendo que el actor solicita reajuste de su asignación de retiro con base en el índice de precios al consumidor para los años 1997 a 2004, sin tener en cuenta que mediante Resolución No. 1359 de 2006, le fue reconocida la asignación de retiro a partir del 10 de junio de 2006, en consecuencia, con anterioridad a esa fecha el demandante no ostentaba la calidad de retirado, por tanto, no era beneficiario de Asignación de Retiro, por lo que considera no es posible pretender el reajuste de una prestación que no tenía para ese entonces; por lo que argumenta que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares carece de falta de legitimación en la causa por pasiva, por cualquier reajuste con anterioridad 10 de junio de 2006.

Frente al particular este Despacho se permite traer a colación lo señalado por el Consejo de Estado en Sentencia de 9 de agosto de 2012¹ respecto a la falta de legitimación en la causa por pasiva:

“De lo anterior se colige que la legitimación en la causa por pasiva es entendida como la calidad que tiene una persona para formular o contradecir las pretensiones de la demanda, por cuanto es sujeto de la relación jurídica sustancial, por lo que para poder predicar esta calidad es necesario probar la existencia de dicha relación”.

En este caso es claro el alto tribunal al señalar que la legitimación en la causa por pasiva se presenta cuando una persona está en la capacidad de ejercer contradicción frente a una demanda por ser sujeto de una relación jurídica sustancial, la que a ojos de este Despacho está presente en este asunto, respecto de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, pues expidió uno de los actos administrativos enjuiciados en el presente trámite, esto es el Oficio No.0065984 del 09 de julio de 2.018 expedido por la Coordinadora Grupo Centro Integral de Servicio al Usuario de dicha entidad y que declaró que no hay lugar al reconocimiento y pago de la reliquidación de la asignación de retiro del actor, con base en el IPC, lo cual se constituye en la pretensión principal de la demanda de marras.

Por lo anterior este Despacho considera que no hay lugar a declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por CREMIL.

4.2.- Problema Jurídico.

Teniendo los argumentos expuestos en el escrito de la demanda y las contestaciones presentadas por la parte demandada, el problema jurídico se contrae en determinar si los

¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO (E) Radicación número: 73001-23-31-000-2010-00472-01(AP).

actos Administrativos contenidos en el oficio No. 0065984 del 09 de julio de 2.018 expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y el Oficio No. 20183171290181:MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER1.10 del 09 de julio de 2.018, expedidos por el Ministerio de Defensa Nacional, incurren en violación de normas superiores y en falsa motivación por cuanto los salarios que sirvieron de base para liquidar la asignación de retiro del señor Jairo Erney Cerón Castro, a su criterio, no estuvieron conformes al IPC vigente para los años 1997 a 2004.

4.3.- Tesis.

El Despacho sustentará la tesis de que, el señor Jairo Erney Cerón Castro no tiene derecho a que se reliquide su asignación de retiro y demás emolumentos percibidos de conformidad al índice de precios al consumidor de los años 1997 a 2004, por cuanto el acto administrativo demandado se encontró ajustado a las normas en que debía fundarse, pues el régimen previsto en la Ley 100 de 1993 en cuanto al reajuste de pensiones conforme a la variación anual del IPC no es aplicable para el incremento de los sueldos percibidos en servicio activo por los miembros de la Fuerza Pública, sino que el mismo se efectúa a través de la expedición de Decretos del gobierno nacional con atención a los criterios fijados por la Ley 4 de 1992.

4.4.- Marco Normativo y Jurisprudencial.

El Despacho considera pertinente, hacer un breve análisis de la normativa aplicada al actor:

4.4.1.- Del derecho al reajuste de la asignación de retiro con base en el IPC y el principio de oscilación.

En principio, conviene indicar que, el literal e) numeral 19 del artículo 150 de Nuestra Constitución Política nos enseña que es deber del Congreso dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para, entre otras, *“Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional, y de la Fuerza Pública”*

En desarrollo del anterior precepto normativo, se expidió la ley 4ª de 1992, en cuyo artículo 1º, literal d) quedó consignado que el Gobierno Nacional fijará el régimen salarial y prestacional de *“Los miembros de la Fuerza Pública”, con sujeción a las normas criterios y objetivos contenidos” en la misma.*

Sobre el reajuste de la asignación de retiro, el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990, establece el principio de oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de los oficiales y suboficiales de los miembros de las Fuerzas Militares, el cual dispone:

“ARTÍCULO 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.”

El principio de oscilación consagrado en la norma anterior, establece que las asignaciones de retiro y pensiones de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, deben mantener su poder adquisitivo de manera tal que el aumento salarial que obtenga el personal en actividad se extienda al personal en retiro.

No obstante, el legislador mediante la Ley 238 de 1995 adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que los beneficios previstos en los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993, esto es, el reajuste pensional conforme la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, y de la mesada adicional del mes de junio, se harían extensivos a los sectores previstos en el artículo 279 ibídem, entre ellos, los miembros de la Fuerza Pública.

Ahora bien, refiriéndose al límite temporal de aplicación de esta prerrogativa en seguridad social, el Consejo de Estado en sentencia del 21 de agosto de 2008², reiteró lo ya sostenido en otro caso similar³ considerando lo siguiente:

“(…) Por consiguiente, no existe la menor duda en el sentido de que bajo los mandatos del artículo original 279 de la ley 100 de 1993 los pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional no eran acreedores del reajuste de sus pensiones como lo dispone el artículo 14 de aquélla, vale decir, teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, sino como lo disponía el decreto 1212 de 1990,

² SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”, Consejero Ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00389-01(0663-08), Actor: GUSTAVO GARCÍA ACOSTA, Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

³ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, Consejero ponente: JAIME MORENO GARCÍA, 17 DE MAYO DE 2007, Radicación número 25000-23-25-000-2003-08152-01(8464-05) Actor: JOSÉ JAIME TIRADO CASTAÑEDA, Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL

o sea mediante la oscilación de las asignaciones de los miembros de la Policía Nacional en actividad (...). “Pero, la ley 238 de 1995, adicionó el artículo 279 de la ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo: “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:”

“Lo cual quiere significar que a 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, sí tienen derecho a que se les reajuste sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado al DANE como lo dispuso el artículo 14 de la última, y a la mesada 14 en los términos del artículo 142 *ibidem*”⁴

Agregando el Consejo de Estado en la precitada sentencia⁵ que:

(...) En ese orden, 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 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 años en los siguiente términos:

“Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se 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 ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley”.

Teniendo en cuenta lo anterior, si bien es cierto, en el caso que se estudió se dispuso acceder a las súplicas de la demanda, ordenando el reajuste de la asignación de retiro con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC; no es menos cierto, que en la misma providencia de manera expresa se precisó en relación con el «límite del derecho» que el reajuste reconocido debía *«liquidarse hasta el reajuste dispuesto por el artículo 42 del decreto 4433 de 2004, debido a que esta norma volvió a establecer el mismo sistema que existió bajo la vigencia del decreto 1212 de 1990, o sea es decir teniendo en cuenta la oscilación de las asignaciones del personal en actividad.»*

⁴ Radicación Número:25000-23-25-000-2003-08152-01 (8464-05)

⁵ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”, Consejero Ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00389-01(0663-08), Actor: GUSTAVO GARCÍA ACOSTA, Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

Tesis jurisprudencial que ha sido sostenida desde entonces de manera pacífica, pues de manera reciente esa misma Corporación⁶ al hacer un análisis de un caso similar al que aquí se estudia, dispuso lo siguiente:

“Así las cosas, a partir de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, el reajuste ya no se haría más de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, sino con aplicación del principio de oscilación, previsto en el artículo 42 del citado Decreto, pero en todo caso, la base de la asignación de retiro a 31 de diciembre de 2004 debe contemplar el reajuste que en el pasado se ordenó con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, respecto de los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004.

En otras palabras, los incrementos que se efectúen sobre la asignación de retiro de un oficial o suboficial de la Fuerza Pública en retiro a partir de la entrada en vigencia el Decreto 4433 de 2004, esto es el 31 de diciembre de 2004, no pueden desconocer que dicha asignación de retiro, en su base, experimentó un incremento en virtud del reajuste que en sede judicial se haya ordenado, con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, sobre el cual en todo caso deberá incrementarse a futuro, en virtud del principio de oscilación. Una interpretación en contrario desconocería el derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada, consagrado en dos enunciados normativos distintos de la Constitución Política, esto es, en el inciso sexto del artículo 48⁷ y en el inciso tercero del artículo 53⁸, derecho que a juicio de la Sala constituye una expresión del principio de Estado Social de Derecho, de la protección especial que establece la carta Política a las personas de la tercera edad y de los derechos a la igualdad y al mínimo vital y móvil.”

Posición reiterada de manera reciente por el Consejo de Estado⁹ en sede de tutela, en la que al estudiar un asunto muy similar al que nos ocupa, manifestó lo siguiente:

“En el presente caso está plenamente acreditado que al señor Ezequiel Tibasosa Calixto se le reconoció su asignación de retiro en el año 2013, en cambio en el caso que resolvió la Sección Segunda del Consejo de Estado, el retiro se efectuó en el año de 1987¹⁰, es decir, que en este caso, el reajuste de las asignaciones de retiro para

6

⁷ «La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.»

⁸ «El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.»

⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, diecinueve (19) de abril de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 11001-03-15-000-2018-00349-01(AC)

(AC)

¹⁰ Los hechos del caso fueron narrados por el Consejo de Estado de la siguiente manera:

los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 fue inferior al índice de precios al consumidor, acreditándose un detrimento económico en esta, para los años determinados con anterioridad,

En efecto, observa la Sala que, la sentencia citada hace referencia al reconocimiento del reajuste de la **asignación de retiro** durante los años 1997 a 2004, en la medida que con la entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995¹¹, las excepciones consagradas en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 presentaron una modificación consistente en que en virtud del principio de favorabilidad¹² y conforme a los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993, a los pensionados de los sectores allí contemplados, entre ellos los de las Fuerzas Militares y Policía Nacional¹³, se les podía reajustar la asignación de retiro conforme al índice de precios al consumidor del año inmediatamente anterior certificado por el DANE, siempre que el incremento realizado por el Gobierno Nacional en los Decretos anuales de las asignaciones en actividad de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional fuera inferior.

Asimismo, la Sección Segunda del Consejo de Estado señaló que, en vigencia de la Ley 238 de 1995 el reajuste por favorabilidad de las asignaciones de retiro anteriormente señalada, en cada caso concreto aplica desde el año de 1996 hasta el 2004, toda vez que a partir del 1.º de enero de 2005 a través de la expedición del Decreto 4433 de 2004, se implementó nuevamente la aplicación del principio de oscilación, en virtud del cual las asignaciones de retiro tendrán en cuenta la totalidad de las variaciones que en todo tiempo se introduzcan a las asignaciones que se devengan en actividad, con base en la escala gradual porcentual decretada por el Gobierno Nacional, esto con el fin de garantizar la igualdad de remuneración a quienes han cesado en la prestación de sus servicios.

Por tanto, en el caso del actor no se produjo tal afectación, teniendo en cuenta que el reconocimiento de su asignación de retiro fue en el año 2013, es decir, que para el período de 1996 a 2004 se encontraba en servicio activo y en ese orden de ideas no se produjo el desconocimiento del precedente judicial alegado, toda vez que la situación fáctica del presente caso es totalmente diferente a lo establecido en la

“el actor relató que sirvió en la Policía Nacional por espacio de 36 años largos, habiendo alcanzado el grado de Coronel; que su retiro se produjo a partir del 11 de marzo de 1987 y que la Caja de Sueldos de Retiro demandada le reconoció asignación de retiro o pensión, mediante la resolución 0645 de 1987 expedida por la misma entidad; que el incremento anual se ha dispuesto en la proporción señalada en el sistema de oscilación consagrado en el artículo 151 del decreto 1212 de 1990; que la ley 238 de 1995 adicionó el artículo 279 de la ley 100 de 1993 y dispuso para los incrementos pensionales de la Fuerza Pública que las excepciones consagradas en el referido artículo 279 no implicaban negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de la ley 100 para los pensionados de los sectores allí contemplados; que lo anterior demuestra que el actor ha debido recibir aumento en su asignación de retiro con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE del año inmediatamente anterior, pero no con el resultado del sistema de la oscilación antes mencionado; que la aplicación del sistema de oscilación para el reajuste pensional ha perjudicado al demandante, pues desde 1996 hasta el año 2003 se le adeuda la suma de \$37'235.502.00; que el actor elevó solicitud ante la Caja demandada para que se le diera aplicación a la ley 238 de 1995, que fue respondida negativamente por medio del oficio acusado; y que el 25 de julio de 2003 el Gobierno Nacional expidió el decreto 2070 que reformó el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, mediante el cual se regresó al sistema de reajuste pensional oscilatorio”.

¹¹ Por la cual se adicionó el artículo 279 de la Ley 100.

¹² Frente a la aplicación del Decreto 1211 de 1990.

¹³ La Corte Constitucional en la sentencia C-432 de 2004 afirmó que la asignación de retiro se asimilaba a las pensiones de vejez o de jubilación.

sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado.” (Subraya del Despacho).

De conformidad con lo anterior, es dable sostener que, las prerrogativas laborales contenidas en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, para los miembros de la Fuerza Pública, se dio porque el sistema de oscilación en algunos años, fue inferior al Índice de Precios al Consumidor lo que condujo a la pérdida del poder adquisitivo de las mismas, razón por la que se consideró procedente la aplicación del régimen ordinario, en virtud del principio de favorabilidad y en aplicación de Ley 238 de 1995 que adiciona el artículo 279 de la Ley 100. No obstante, dicho reajuste solo fue aplicable a aquellas personas que contaban con una asignación de retiro hasta el año 2004, debido a que con la expedición de la Ley 923 de 2004, reglamentada por el artículo 42 del Decreto 4433 del mismo año, se volvió a establecer el régimen de oscilación como sistema de reajuste de las asignaciones de retiro, es decir, que todas aquellas personas que accedieron a la asignación de retiro a partir del primero (1º) de enero de 2005, les es aplicable el principio de oscilación.

5.- Caso Concreto.

5.1.- Hechos Probados.

Se relacionan como pruebas relevantes, las siguientes:

- El señor Jairo Erney Cerón Castro el día 12 de junio de 2018, presentó solicitud de reajuste de la asignación de retiro ante CREMIL, con fundamento en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, para los años 1997 a 2006. (Folios 15-19, documento No. 3 expediente digital)
- CREMIL a través del Oficio No.0065984 del 09 de julio de 2018, negó el reajuste de la asignación de retiro del actor, manifestando que los lapsos entre los cuales alega el actor se presentaron diferencias entre el porcentaje del IPC y la aplicación del principio de oscilación del régimen especial de las Fuerzas Militares, que fue entre 1997 a 2004 y para ese tiempo el actor no devengaba asignación de retiro, porque se encontraba en servicio activo, por lo cual esa entidad consideró que no podía acceder a lo solicitado por el peticionario. (Folios 21-22, documento No. 3 expediente digital)
- El señor Jairo Erney Cerón Castro el día 12 de junio de 2018, presentó también solicitud al Ministerio de Defensa Nacional con el fin de que le reliquide y reajuste sus salarios junto con las partidas computables en el periodo 1997 al 10 de marzo de 2006, de tal manera que los reajustes anuales que hayan sido iguales o superiores a la variación anual del IPC certificada por el DANE se mantengan sin alteración, y los reajustes anuales que hayan sido inferiores a la variación anual del IPC se incrementen hasta el porcentaje de dicha variación. (Folios 7-11, documento No. 3 expediente digital)

- El Ministerio de Defensa, a través del Comando de Personal del Ejército Nacional, mediante del Oficio No. 20183171290181:MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER1.10 del 09 de julio de 2.018, negó la petición del accionante argumentando que el decreto Anual de Sueldos expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública no contempla el reconocimiento del incremento del sueldo básico bajo los parámetros del IPC. (Folio 13, documento No. 3 expediente digital)
- Mediante Resolución No.1359 del 11 de mayo de 2.006, se le reconoció asignación de retiro al actor, a partir del 10 de junio de 2006. (Folios 1-3, documento No. 3 expediente digital)
- Que mediante Hoja de servicios del actor, se dejó constancia que ingresó al Ejército Nacional el 31 de julio de 1982 y fue retirado del servicio el 10 de marzo de 2006. (Folios 1-2, documento No. 14 expediente digital)
- Conforme al Certificado expedido por el Comando de Personal del Ejército Nacional, para los años 1997 a 2006 el salario en servicio activo del señor Jairo Erney Cerón Castro sufrió los siguientes incrementos (Folios 3-4, documento No. 4 expediente digital):

AÑO	SUELDO BÁSICO	PROCENTAJE INCREMENTO	DECRETO No.
1997	\$ 727,714	13.40%	122
1998	\$ 903,797	24.20%	058
1999	\$ 1.038,553	14.91%	062
2000	\$ 1.134,412	9.23%	2740
2001	\$1.377,075	4.84%	2737
2002	\$1.444,551	4.90%	745
2003	\$1.521,978	5.36%	3552
2004	\$1.597,163	4.94%	4158
2005	\$1.685,007	5.50%	923
2006	\$1.769,258	5.00%	407

5.2.- Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Estudiada la demanda y sus contestación, se permite el Despacho indicar que, en el *sub iudice* la discusión que se ha presentado en sede administrativa y en sede judicial, no es

otra que, si el señor Jairo Erney Cerón Castro, tiene derecho a que se le reliquide su asignación de retiro y demás emolumentos percibidos, de acuerdo al índice de precios al consumidor de los años 1997 a 2006, aun cuando fue retirado absolutamente del servicio el 10 de marzo de 2006.

De conformidad con ello y una vez se ha estudiado el marco normativo aplicable y se han valorado las pruebas obrantes en el expediente en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, es dable sostener que, el aquí demandante no tiene derecho al reajuste de su asignación de retiro, por cuanto, tal y como se explicó en líneas que anteceden, las prerrogativas laborales contenidas en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, para los miembros de la Fuerza Pública, si bien es cierto, se dieron porque el sistema de oscilación en algunos años, fue inferior al Índice de Precios al Consumidor lo que condujo a la pérdida del poder adquisitivo de las mismas, no es menos cierto, que dicho reajuste solo fue aplicable a aquellas personas que contaban con una asignación de retiro hasta el año 2004, debido a que con la expedición de la Ley 923 de 2004, reglamentada por el artículo 42 del Decreto 4433 del mismo año, se volvió a establecer el régimen de oscilación como sistema de reajuste de las asignaciones de retiro, es decir, que todas aquellas personas que accedieron a la asignación de retiro a partir del primero (1º) de enero de 2005, les es aplicable el principio de oscilación.

En efecto, el señor Jairo Erney Cerón Castro, no tiene derecho al reajuste de su asignación de retiro conforme al IPC, por cuanto **i)** su retiro del servicio activo ocurrió a partir del 10 de marzo de 2006; **ii)** el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, en su favor, se dio a través de la Resolución 1359 del 11 de mayo de 2.006, con efectos a partir del 10 de junio de 2006; **iii)** para los años 1997 a 2006, se encontraba en servicio activo; razón por la que el régimen previsto en la Ley 100 de 1993, no le era aplicable, toda vez que de acuerdo con la Ley 4 de 1992 la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, así como el aumento de sus remuneraciones corresponde al Gobierno Nacional, a través de la expedición de Decretos con atención a los criterios fijados por la referida ley; por ende no le asistía el derecho al reajuste a la asignación básica conforme al IPC reclamado.

Así las cosas, es dable concluir con meridiana claridad que, lo solicitado por la parte demandante resulta improcedente, por cuanto para los años 1997 a 2006, se encontraba en servicio activo y no le resultaban aplicables por favorabilidad los preceptos del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1994, razón por la que habrá que denegar las pretensiones de la demanda, como en efecto se hará.

5.4.- Costas.

Este Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, por cuanto no asumió en el proceso una conducta que la hiciera merecedora a esa sanción, además que la causación de las mismas tampoco aparece demostrada en el presente asunto.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

6.- FALLA

PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

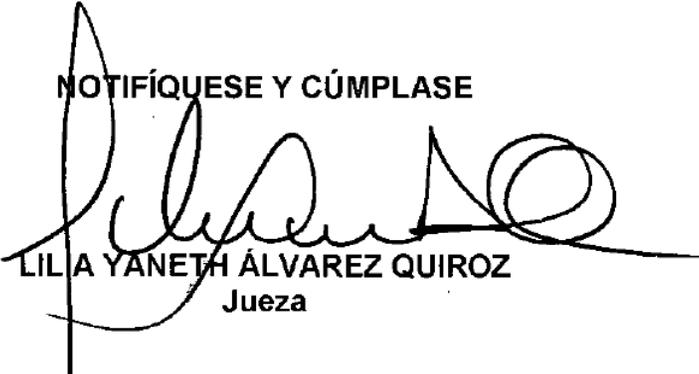
SEGUNDO: DENEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: Notificar esta providencia de conformidad a lo señalado en el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

QUINTO: Ejecutoriada esta sentencia archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ
Jueza

P/AFP