

Cartagena de Indias D.T y C., veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020)

## **I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES**

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-008-2017-00300-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>JAVIER MÁRQUEZ BERDUGO</b>
<b>Demandado</b>	<b>CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL</b>
<b>Tema</b>	<i>Reliquidación del sueldo básico con base en el IPC de los años 1997 a 2004 – confirma sentencia que niega pretensiones - Se encuentra demostrada la excepción de prescripción del derecho para reclamar – salario prestación unitaria.</i>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>

## **II.- PRONUNCIAMIENTO**

Incumbe a la Sala<sup>1</sup>, dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso de la referencia, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha del 29 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponda.

## **III.- ANTECEDENTES**

### **3.1 LA DEMANDA<sup>2</sup>.**

A través de apoderado judicial constituido al efecto el señor JAVIER EDUARDO MÁRQUEZ BERDUGO, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS

<sup>1</sup> Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

<sup>2</sup> Folios 4-24 del C. Ppal No. 1

Rad: 13-001-33-33-008-2017-00300-01

FUERZAS MILITARES - CREMIL, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

### **3.1.1 Pretensiones<sup>3</sup>**

PRIMERO: Que, a través de la excepción de inconstitucionalidad, se declare la inaplicabilidad de los Decretos 122/1997, 35/1999, 2737/2001, 745/2002, 3552/2003, y 4158/2004, por medio de los cuales se fijan los sueldos básicos de todos los Jefes Técnicos de la Armada Nacional, y el Decreto 4433/2004, por cuanto fija el principio de oscilación en la asignación de retiro.

SEGUNDO: Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 20160423330318531 del 4 de julio de 2016, por medio del cual se negó la solicitud de reconocimiento y reajuste de la asignación de retiro.

TERCERO: Que se declare la nulidad del Oficio CREMIL 0040645 consecutivo 2016-40645 del 17 de junio de 2016.

CUARTO: Como consecuencia de la declaración anterior, se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – CREMIL, reconocer el reajuste del sueldo básico de los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 Y 2004 con base en el IPC de los años inmediatamente anteriores; de igual forma, que se reajuste la base de las para los años subsiguientes a partir del 2005.

QUINTO: Que una vez realizado el anterior reconocimiento, se ordene a CREMIL a cancelar las diferencias que resulten por la reliquidación de la mesada pensional con la nueva base salarial, debidamente indexada.

### **3.1.2 Hechos<sup>4</sup>**

Como soporte fáctico de la demanda se expone que el señor JAVIER EDUARDO MÁRQUEZ BERDUGO laboró para la Armada Nacional, ocupando el cargo de Jefe Técnico, y en la actualidad se encuentra retirado, devengando una asignación de retiro.

Indica, que conforme con los decretos mencionados en las pretensiones, a todos los Jefes Técnicos de la Armada Nacional, activos y retirados, se le

---

<sup>3</sup> Folio 4-6 cdno 1

<sup>4</sup> Folio 7-11

Rad: 13-001-33-33-008-2017-00300-01

realizaron aumentos de salario con porcentajes inferiores al índice de precios al consumidor (IPC), para los años 1997 a 2004.

Sostiene que la asignación de retiro se le reconoció a través de Resolución No. 1386 del 25 de marzo de 2011, por haber cumplido 20 años de servicio, pero que la base salarial con la que viene reconocida su derecho está desactualizada por los años anteriores.

Afirma que, por lo anterior, presentó solicitud de reconocimiento y reajuste de su asignación de retiro, ante la Nación – Ministerio de Defensa y ante CREMIL, el 8 de junio de 2016 y el 7 de agosto de 2016.

### **3.1.3. Normas violadas y concepto de la violación**

A juicio del apoderado del accionante, con la expedición del acto acusado se transgredieron las siguientes disposiciones:

- Constitución política de Colombia, artículos 1, 2, 4, 5, 13, 25, 42, 53, 90, 150, 334, 366 y 373
- Ley 4 de 1992.
- Ley 923 de 2004.

En el concepto de la violación, la parte accionante hace una transcripción de las normas constitucionales violadas, para luego afirmar que, el oficio demandado quebranta los artículos 4, 11 y 13 de la Ley 4/1992, toda vez que se incumple, por parte del Gobierno Nacional, la obligación de aumentar de forma anual los salarios de los empleados públicos, con la finalidad de que no se pierda el valor adquisitivo de los mismos a causa de la economía inflacionaria. En ese sentido sostiene que, para que se pueda entender que existió un aumento de la remuneración, éste debe hacerse por encima de lo establecido por el IPC.

Expone, que los actos administrativos demandados violan la Constitución Nacional toda vez que no se someten a lo decidido en la sentencia C-1433 de 2000; además, contrarían el principio de oscilación, como quiera que en ellos se fijaran porcentajes de aumento salarial inferiores al IPC del año inmediatamente anterior.

## **3.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

### **3.2.1 Cremil<sup>5</sup>**

Expone que son ciertos todos los hechos relacionados con el reconocimiento de la prestación en cabeza del demandante, la petición efectuada por el mismo ante la Entidad y la respuesta dada por Cremil. En cuanto al resto de los supuestos fácticos de la demanda, manifiesta que se opone a los mismos.

Afirma que, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares es partidaria de acudir a la conciliación judicial en este evento, en atención a los recientes pronunciamientos jurisprudenciales proferidos por el Consejo de Estado, quien ha consolidado el precedente judicial sobre reajuste de las asignaciones de retiro y/o sustituciones pensionales con base en el IPC, como en el caso de marras.

Sostiene que, la Ley de 1992, establece las pautas al Gobierno Nacional, para hacer los reajustes salariales y prestacionales para el sector público, incluida la Fuerza pública, la cual goza de un régimen especial. Con fundamento en la Ley 4 de 1992, se han expedido los decretos de sueldos anuales de la Fuerza Pública, establece que los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de esta ley, no podrán contravenirla, pues de hacerlo carecerían de efectos y por lo tanto no darían lugar a que se originaran los derechos adquiridos.

Indica que, el principio de oscilación de las asignaciones de retiro, consagrado en el artículo 169 del Decreto ley 1211 de 1990 y el artículo 42 del Decreto 4433/04, solo es aplicable a los miembros de la Fuerza Pública, y tiene como objetivo mantener el poder adquisitivo de la asignación de retiro, y su desconocimiento provocaría una descompensación injusta e ilegal en contra del personal activo, cuyos salarios son reajustados anualmente por el Gobierno Nacional. Por consiguiente, en el régimen de las asignaciones de retiro, se aplica únicamente el principio de oscilación conforme lo dispone el artículo citado, porque de lo contrario, si fueran adoptados mecanismos, fórmulas o sistemas de liquidación diferentes, se aplicaría un sistema prestacional distinto y sin fundamento legal, al establecido en el régimen especial de la Fuerza Pública.

---

<sup>5</sup> Folio 54-57

Rad: 13-001-33-33-008-2017-00300-01

El citado principio - oscilación de las asignaciones de retiro- establecido en las citadas normas, consagra taxativamente la prohibición de la aplicación de un régimen diferente para efectos del reajuste de las asignaciones de retiro; al respecto es del caso aclarar que esta misma prohibición se encontraba contemplada en los Decretos 612 de 1977, Decreto 089 de 1984, Decreto 095 de 1989, al establecer "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.

Solicitó que se declarara la prescripción de los derechos del actor.

### **3.2.2 Ministerio de Defensa<sup>6</sup>**

Esta entidad dio contestación a la demanda manifestando que se opone a las pretensiones de la misma, por cuanto carecen de motivación jurídica y fáctica que amerite una sentencia favorable. En lo que se refiere a los hechos, expuso que era cierto que al demandante se le había reajustado su sueldo con base en los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, los cuales eran los aplicables para la época de los hechos.

En su escrito, la parte accionada realizó un recuento de las facultades extraordinarias del Presidente de la República para reformar estatutos prestacionales; como sustento de la expedición de los Decretos 122/1997, 58/1998, 62/1999, 2724/2000, 2737/2001, 745/2002 y 3552/2003. Al respecto sostuvo que el régimen prestacional de las fuerzas militares es especial, y por lo tanto no se le pueden aplicar las disposiciones que, para la materia, rigen a los empleados públicos ordinarios.

Señala que no existe ninguna violación al principio de igualdad, por lo tanto no debe aplicarse el artículo 14 de la Ley 100/93 al actor, por cuanto no tiene derecho a que se le reajusten sus salarios con base en el IPC del año anterior certificado por el DANE, pues se encuentra probado en el plenario que, tal como lo ordena la ley, al accionante se le reliquidó su salario mensual con base en los decretos expedidos por el Gobierno Nacional vigentes para la época.

---

<sup>6</sup> Folio 83-97 C. 1

Rad: 13-001-33-33-008-2017-00300-01

Añade, que no debe desconocerse que la Jurisprudencia ha realizado el reconocimiento del reajuste con base en el IPC únicamente para los miembros de las fuerzas militares que se encuentran en retiro, más no lo extendió a los miembros activos de dicha entidad.

Como excepciones propuso: i) presunción de legalidad; ii) carencia del derecho y cobro de lo no debido; iii) buena fe; iv) prescripción; v) innominada.

### **3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>7</sup>**

Con providencia calendada 29 de agosto de 2018, el Juez Octavo Administrativo de esta ciudad, dictó sentencia de primera instancia en la que decidió negar las pretensiones de la demanda, exponiendo 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.

Sostuvo que, estudiada la documental que reposa en el expediente se logró verificar que entre los años 1997 y 2004 el actor se encontraba en servicio activo con grado de Jefe Técnico de la Armada, con baja efectiva el 29 de abril de 2011 y que se le reconoció su asignación de retiro mediante Resolución No. 1386 de 25 de marzo de 2011, es decir, en vigencia del Decreto 4433 de 2004, que reglamentó la Ley 923 de 2004, por lo que no es procedente acceder a su solicitud, como quiera a fecha 31 de diciembre de 2004 el señor JAVIER MÁRQUEZ BERDUGO no gozaba de asignación de retiro.

### **3.3 RECURSO DE APELACIÓN<sup>8</sup>**

La parte actora se siente inconforme con la decisión de primera instancia, y sostiene que la misma viola los artículos 48 y 53 de la Constitución Nacional en cuanto al derecho a mantener el poder adquisitivo real del salario, además de inaplica la sentencia C-1433 de 2000, a través de la cual la Corte Constitucional declaró la obligación que tiene el Estado de conservar el poder adquisitivo del salario.

---

<sup>7</sup> Folio 129-132 Cdno 1

<sup>8</sup> Folio 133-139 Cdno 1.

Afirma que, el Juez A quo, negó el derecho al reajuste de la base salarial de su asignación de retiro, aun cuando es sabido los incrementos salariales de todo el personal de la Fuerza Pública, (activos entre 1997 y 2004, como también el personal que ya estaba pensionado edad antes de 1997 y hasta el 2004) sufrieron desmejora porque el gobierno nacional al firmar los decretos anuales de "aumento", lo hizo violando la doctrina constitucional integradora y la abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional que expresa el derecho a mantener el poder adquisitivo del salario.

Afirma que, a ninguno de los suboficiales jefes, tanto activos como pensionados, entre 1997 y 2004, no se les hizo un correcto incremento del salario, toda vez que no se tuvo en cuenta el incremento de la inflación. En ese sentido sostuvo que, la sentencia C - 1433 de 2000 juega un papel importante como quiera que expone que *“El ajuste del salario no corresponde propiamente a su incremento, pues, para que exista un incremento en la remuneración, verdadero y efectivo, se requiere que ésta se revise y modifique, aumentándola, luego del ajuste por inflación, teniendo en cuenta los factores reales de carácter socioeconómico que inciden en su determinación y, especialmente, la necesidad de asegurar el mínimo vital y la equivalencia con lo que corresponde al valor del trabajo”*.

### **3.5 ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 24 de abril de 2018<sup>9</sup>, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 26 de marzo de 2019<sup>10</sup>; y, a correr traslado para alegar de conclusión el 10 de junio de 2019<sup>11</sup>.

### **3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**3.6.1** La parte demandante no alegó de conclusión.

**3.6.2** La parte demandada – CREMIL alegó de conclusión, ratificándose en el argumento de la contestación de la demanda<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Folio 2 c. de apel.

<sup>10</sup> Folio 4 c. de apel.

<sup>11</sup> Folio 8 c. de apel.

<sup>12</sup> Folio 11 c. de apel.

**3.6.3** El Ministerio Público no presentó concepto.

#### **IV.- CONTROL DE LEGALIDAD**

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

#### **V.- CONSIDERACIONES**

##### **5.1 Competencia.**

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

##### **5.2 Problema jurídico.**

De acuerdo con el planteamiento hecho en el recurso de apelación, el problema jurídico a resolver es el siguiente:

*¿Tiene derecho el señor JAVIER MÁRQUEZ BERDUGO a la reliquidación de su salario mensual, con base en el IPC del año inmediatamente anterior, para las vigencias de 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 Y 2004, cuando aún se encontraba en servicio activo?*

Para resolver el problema anterior, la Sala deberá resolver el siguiente, de acuerdo a las excepciones planteadas por la demandada:

*¿Está demostrada la prescripción de los derechos reclamados, teniendo en cuenta que el demandante se retiró del servicio en el año 2003 y presentó su reclamación en el año 2016. ¿Los reajustes salariales reclamados una vez cesa dicho vínculo son una prestación periódica o se convierte en unitaria?*

##### **5.3.- Tesis de la Sala**

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, por motivos diferentes, toda vez que en este evento se encontró probada la excepción de

Rad: 13-001-33-33-008-2017-00300-01

prescripción propuesta por el Ministerio de Defensa. Lo anterior, teniendo en cuenta que el actor cesó en la prestación del servicio al Estado el 30 de enero de 2011, y trascurrieron más de 4 años sin que reclamara su derecho, por lo que, los reajustes salariales reclamados una vez finaliza la relación laboral, dejan de ser una prestación periódica para convertirse en una unitaria exigible desde la terminación del vínculo.

La Tesis planteada se soporta en los argumentos que a continuación se exponen.

## **5.4- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

### **5.4.1 Fijación del régimen salarial para la Fuerza Pública**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 217 inciso 3° de la Carta Política, se tiene que, es la ley la encargada de determinar lo atinente al régimen prestacional de los miembros de las Fuerzas Militares; sin embargo, ello debe armonizarse con lo preceptuado por el artículo 150 numeral 19 literal e) constitucional, que dispone que, la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, incluidos los integrantes de la Fuerza Pública, no es un asunto privativo de la órbita de competencia del Congreso de la República, sino que es concurrente con el ejecutivo.

En desarrollo del anterior postulado constitucional el legislador expidió la Ley 4ª de 1992, que en su artículo 1.º establece que el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en ésta, fijará el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su denominación, régimen jurídico o sector, de 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, de los miembros del Congreso Nacional, y de la Fuerza Pública.

Por su parte, el artículo 4,º *ibidem*, consagra que “Con base en los criterios y objetivos contenidos en el artículo 2º el Gobierno Nacional, **dentro de los primeros diez días del mes de enero de cada año**, modificará el sistema salarial correspondiente a los empleados enumerados en el artículo 1º literal a), b) y d), aumentando sus remuneraciones. Igualmente, el Gobierno Nacional podrá modificar el régimen de viáticos, gastos de representación y comisiones de los mismos empleados”.

De acuerdo con lo anterior se colige que las asignaciones básicas del personal de la fuerza pública están sujetas a los decretos que anualmente expide el Gobierno Nacional, que fijan las pautas para determinar el monto que devengarán sus miembros anualmente, impidiendo recurrir a una fuente distinta para realizar el correspondiente incremento salarial. Es decir, que es el Ejecutivo quien determina la escala gradual porcentual, a través de los decretos que cada año fijan los incrementos de los sueldos básicos del personal en actividad.

#### **5.4.2. Incremento anual de la asignación de retiro con base en el IPC. Principio de favorabilidad.**

En atención a la naturaleza jurídica de la asignación de retiro, tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional en su jurisprudencia han reconocido a las asignaciones de retiro el carácter de una pensión como la de vejez o de jubilación. Así, en sentencia C-432 de 2004, el alto Tribunal Constitucional señaló que la asignación de retiro es una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de un cierto grado de especialidad (en requisitos), atendiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce.

Igualmente, el Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que la asignación de retiro es el término del legislador utilizado para referirse a la pensión de vejez de los miembros de la Fuerza Pública, prestación que se encuentra consagrada en un régimen especial, cuyos destinatarios son el personal que ella determina claramente.

Ahora, el artículo 5º de la Ley 57 de 1887 prevé un principio de vieja data según el cual, cuando exista un régimen especial, este tendrá aplicación integral y prevalente sobre el general, motivo por el cual no podrá acudir a este último para escoger normas más benéficas; no obstante, ello no implica que la ley no puede establecer excepciones a esta limitación.

Es así que el Decreto 1211 de 1990, "*Por el cual se reforma el estatuto del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares*", en su artículo 169, estableció la forma como deben reajustarse la asignación de retiro y las pensiones relativas al régimen de las Fuerzas Militares, así:



Rad: 13-001-33-33-008-2017-00300-01

**“Artículo 169. Oscilación de asignación de retiro y pensión.** 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.

**Parágrafo.** 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”.

De igual manera lo consagró el artículo 151 del Decreto 1212 de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional, de tal forma que, a la luz de estas disposiciones, quedó establecido el sistema de reajuste y la prohibición expresa de utilizar otro régimen, “salvo autorización expresa” lo cual significa que sí es factible la aplicación de normas generales de la administración a los casos sometidos a un régimen especial militar cuando la ley expresamente lo autorice.

Aunado a lo anterior, la Ley 100 de 1993 en su artículo 279, exceptúa a los miembros de las fuerzas militares del sistema general de pensiones, ratificando con ello el régimen especial al cual pertenecen estos empleados de la nación.

*“Artículo 279. – excepciones: el sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, ni al personal regido por el decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas”*

El anterior artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995, en los siguientes términos:

*“Artículo 1º. Adiciónese al artículo 279 de la ley 100 de 1993, con el siguiente parágrafo:*

**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**

Rad: 13-001-33-33-008-2017-00300-01

**ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”.**

*“Artículo 2º vigencia: la presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias”*

Según lo dispuesto en el párrafo mencionado los miembros de la Fuerza Pública tienen derecho a la liquidación de su asignación de retiro conforme al índice de precios al consumidor y no con el sistema de oscilación establecido por el Decreto 1212 de 1990, toda vez que su interpretación permite establecer que ya no se encuentran excluidos del régimen prestacional de la Ley 100 de 1993. Es decir, 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, como es el caso del personal de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, pudieron acceder a los beneficios contemplados por el artículo 14 y 142 *ibidem*, y en consecuencia, tener derecho a que se les reajusten sus mesadas pensionales de conformidad con la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE.

Entonces, a partir de esta ley y hasta el momento en que entró en vigencia el Decreto 4433 de 2004, que restableció nuevamente el principio de oscilación, los integrantes de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional tienen derecho al reajuste de acuerdo con la variación porcentual del IPC, posición que ha sido reiterada por esta Sección como se advierte, entre otras, en sentencia del 21 de agosto de 2008, con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve, donde se precisó:

*“En tales circunstancias, el ajuste de pensiones y asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública debe hacerse conforme al I.P.C. de que trata el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, por remisión expresa que hiciera el propio Legislador en la Ley 238 de 1995.*

*A lo anterior se agrega, que además de la aplicación del ajuste del I.P.C. por remisión expresa del Legislador, la Sala también llegó a tal conclusión en razón del principio constitucional de favorabilidad que, por lo general, gobierna a los regímenes especiales, como es el caso de los miembros de la Fuerza Pública.*

[...]

*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 de 2004, en razón de que el propio Legislador volvió a consagrar el sistema de oscilación como la forma de incrementar las asignaciones de retiro de los miembros*

Rad: 13-001-33-33-008-2017-00300-01

*de la Fuerza Pública, a través del artículo 3 [3.13] de la Ley 923 de 2004, el cual fue reglamentado por el artículo 42 del Decreto 4433 del mismo año (...)"*.

De acuerdo con todo lo anterior, se advierte que el reajuste con fundamento en el IPC solamente procede para las asignaciones de retiro en el período comprendido entre 1997 a 2004, de acuerdo con las Leyes 100 de 1993 y 238 de 1995, es decir para quienes ya contaban efectivamente con asignación de retiro en ese período, pues se entiende que el reajuste reconocido conforme al IPC, se liquida hasta la vigencia del Decreto 4433 de 2004, como quiera que tal norma retoma el principio de oscilación como método de reajuste, esto, conforme a la oscilación de las asignaciones del personal en actividad, sin que ello obste para reconocer sus efectos sobre las mesadas futuras.

Se concluye de lo indicado en este acápite que no es posible aplicar lo dispuesto en las Leyes 100 de 1993 y 238 de 1995, normas que regulan el Sistema General de Pensiones a las **asignaciones percibidas en actividad**, al tratarse de dos condiciones muy diferentes jurídica y fácticamente, como son gozar de asignación de retiro y otra, devengar la asignación básica en servicio activo, cuyo sistema de reajuste se encuentra regulado por pautas normativas diversas que no se pueden pasar por alto desconociendo el querer del constituyente.

## **5.5. Caso concreto**

### **5.5.1. Hechos probados**

Los hechos relevantes para resolver la apelación presentada por la parte actora, son los siguientes:

- Mediante Resolución No. 1386 del 25 de marzo de 2011, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció y pago al señor JAVIER EDUARDO MÁRQUEZ, la asignación de retiro a la que tenía derecho, por haber laborado durante 25 años, 7 meses y 28 días (fl. 75-76).
- Conforme con la Hoja de Servicios, se observa que el actor fue retirado del servicio el 30 de enero de 2011 (fl. 68).
- Se cuenta también con el derecho de petición radicado el 7 de junio de 2016, por medio del cual el actor solicita al Ministerio de Defensa el

Rad: 13-001-33-33-008-2017-00300-01

reajuste de su sueldo básico y las prestaciones sociales, con base en los incrementos del IPC de 1997 a 2004 (fl. 28-30).

- De igual forma, el 8 de junio de 2016, el actor solicitó a CREMIL el reajuste de su sueldo básico y las prestaciones sociales, con base en los incrementos del IPC de 1997 a 2004 y al Ministerio de Defensa (fl. 25-27 28-30).
- Las solicitudes anteriores, fueron resueltas por medio del Oficio No. 20160423330318531 del 4 de julio de 2016 (Ministerio de defensa-) y Oficio CREMIL 0040645 consecutivo 2016-40645 del 17 de junio de 2016 (CREMIL), negando las pretensiones del actor (fl. 31 y 33).

### **5.5.2 Análisis crítico de la prueba frente al marco normativo y jurisprudencial.**

En el caso sub examine, se demanda la nulidad acto administrativo contenido en el Oficio No. 20160423330318531 del 4 de julio de 2016 (Ministerio de defensa) y Oficio CREMIL 0040645 consecutivo 2016-40645 del 17 de junio de 2016 (CREMIL), a través de los cuales se negó el reajuste del salario del actor en los años 1997 a 2004, y el reajuste de su asignación de retiro, con la nueva base salarial.

Se tiene por demostrado que el señor JAVIER EDUARDO MÁRQUEZ, estuvo al servicio de la Armada nacional por más de 25 años, siendo retirado del servicio activo el 30 de enero de 2011.

Ahora bien, en la actualidad considera que debe reliquidarse el sueldo básico devengado por él en servicio activo, entre los años 1997 a 2004, puesto que en ese periodo el IPC era mayor al incremento realizado por el Gobierno Nacional mediante decreto. El Juez a quo denegó las pretensiones incoadas, argumentando que el derecho a este tipo de reajustes solo aplica para el personal retirado de las fuerzas militares, que estuviera devengando asignación de retiro para la época.

Contra la anterior decisión, se presentó recurso de apelación, en el que se insiste en los mismos argumentos de la demanda; sin embargo, advierte el A Quem que, antes de proceder con el estudio de fondo del asunto, es menester pronunciarse frente a la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada.

Así las cosas, se tiene que, en el caso concreto, el demandante dejó de laborar el **30 de enero de 2011**, por lo que a la luz del art. 174 del Decreto 1211 de 1990, contaba con 4 años para solicitar el reajuste y pago de los salarios dejados de percibir, a efectos de que los mismos no prescribieran; ello, teniendo en cuenta que, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha expresado que, una vez el empleado público se desvincula del servicio se hacen exigibles todas las prestaciones sociales y las obligaciones salariales que tenga a su favor, que, si bien en un principio eran periódicas, dejan de serlo una vez se produce la desvinculación, para convertirse en una prestación unitaria<sup>13</sup>.

De acuerdo con lo anterior, el señor JAVIER EDUARDO MÁRQUEZ tenía hasta el 30 de enero de 2015, para presentar las correspondientes reclamaciones salariales, encontrándose en el plenario que dicha actuación solo se llevó a cabo los días **7 y 8 de junio de 2016**, lo que significa que, a todas luces los derechos aquí reclamados estaban prescritos; razón más que suficiente para denegar las pretensiones de la demanda; amén de que debió haber agotado el requisito de conciliación extrajudicial antes de presentar la demanda<sup>14</sup>; Como consecuencia de lo antes mencionado, no hay lugar a ordenar la reliquidación de la asignación de retiro.

En mérito de lo expuesto, este Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia.

#### **5.6. De la condena en costa.**

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, 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*

<sup>13</sup> Al respecto, pueden consultarse las siguientes sentencias: SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "B", Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá, D.C., seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020). Radicación número: 25000-23-42-000-2018-01124-01(3927-19); SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil veinte (2020). Radicación número: 76001-23-31-000-2013-0007-01(4468-18).

<sup>14</sup> Ver entre otras CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16, Actor: LUCINDA MARÍA CORDERO CAUSIL

Rad: 13-001-33-33-008-2017-00300-01

*Procedimiento Civil*". A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Con base en las anteriores normas, se procederá a condenar en costas al señor JAVIER EDUARDO MÁRQUEZ, por cuanto fue resuelto de manera desfavorable el recurso interpuesto por él.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **VI. FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

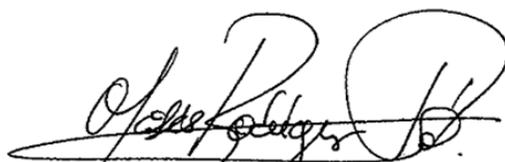
**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS**, en esta instancia al señor JAVIER EDUARDO MÁRQUEZ CUADRADO de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

**TERCERO: DEVIÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 045 de la fecha.

#### **LOS MAGISTRADOS**

  
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

  
EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

  
DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN