



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, nueve (09) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control:	Nulidad & Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°:	70-001-33-33-003-2014-00203-00
Demandante:	Franklin Hernández Sarria
Demandado:	Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares “CREMIL”.
Tema:	Reajuste de asignación de retiro con el IPC, solo opera para los uniformados cuyo reconocimiento se haya efectuado antes del año 2004.

Sentencia N° 007

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en el art. 179 de la ley 1437 de 2011, se procede a dictar sentencia de primera instancia, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

1. ANTECEDENTES.

1.1. LA DEMANDA

1.1.1. **PRETENSIONES:** se transcribe textualmente.

PRIMERA: Declarar la nulidad del Acto Administrativo expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, identificado como oficios **CREMIL 49777** y consecutivo 2014-33504 de fecha 22 de mayo de 2014 y **CREMIL 62673** y consecutivo 2016 - 53859 de fecha 11 de agosto de 2016, firmado por el Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares Dr. EVERARDO MORA POVEDA. Acto administrativo que no solucionó la petición del Sr. **FRANKLIN HERNÁNDEZ SARRIA**, mediante el cual solicitaba el reajuste y actualización de su asignación de retiro mensual, así como el pago de las sumas de dineros dejadas de cancelar por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares “CREMIL” al no haber realizado el reajuste anual de la asignación de retiro de los años 1997 a 2004 conforme lo establece la Constitución Política de

Medio de control: Nulidad & Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2016-00203-00
Demandante: **Franklin Hernández Sarria.**
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL".

Colombia en el art. 48 inc. 6º y el art. 53 inc. 3º, desarrollados por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y autorizados por la Ley 238 de 1995.

De acuerdo al art. 166 num. 1 de la Ley 1437 de 2011 C.C.A., declaró bajo la gravedad del juramento que todos los documentos anexos son copia certificada del original que se encuentra en la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en la Cra. 13 No. 27 - 00, Edificio Bochica. Mezanine Piso 2, conmutador 3537300, FAX 3537306, de Bogotá D.C. en la página web: www.cremil.gov.co

SEGUNDA: Que una vez se profiera la nulidad de los actos administrativos acusados, con el fin de asegurar así la regularidad jurídica, se dé protección directa al derecho subjetivo vulnerado o desconocido a mi representada; condenando a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, a reparar los perjuicios causados por el acto administrativo anulado, a favor del Sr. **FRANKLIN HERNÁNDEZ SARRIA**, en la siguiente forma:

Reconociendo el valor de las sumas de dinero dejadas de cancelar por parte de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL", en los años 1997 a 2016 por no haber realizado "CREMIL" el reajuste anual de la asignación de retiro pensión del Sr. **FRANKLIN HERNÁNDEZ SARRIA**, aplicando la prescripción cuatrienal que dispone el art. 174 del Decreto 1211 de 1990, ósea con obligación efectiva a pagar a partir del 12 de mayo de 2010 en razón al derecho de petición presentado el 12 de mayo de 2014, más la indexación de estas sumas de dinero, y los intereses legales, conforme lo establece la Constitución Política de Colombia en el art. 48 inc. 6º y el art. 53 inc. 3º, desarrollados por el art. 14 de la Ley 100 de 1993 y autorizados por la Ley 238 de 1995.; es decir, tomando como base el mismo valor porcentual que sirvió como incremento al IPC del año inmediatamente anterior.

El pago de los valores que resulten de realizar los reajustes a la asignación de retiro del Sr. **FRANKLIN HERNÁNDEZ SARRIA** para los años 1997 a 2016 aplicándole el incremento más favorable entre el aumento salarial porcentual, o el índice de precios al consumidor IPC, que se aplica para los reajustes pensionales, conforme a la prescripción cuatrienal del art. 174 del Decreto 1211 de 1990, o el pago de lo que resulte probado dentro del proceso.

Medio de control: Nulidad & Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2016-00203-00
Demandante: **Franklin Hernández Sarria.**
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares “CREMIL”.

TERCERA: Condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL” a realizar el pago de las sumas indicadas en el punto anterior en forma indexada como lo dispone el art. 192 de la Ley 1437 de 2011, Código Contencioso administrativo, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, para lo cual deberá aplicarse la fórmula de indexación mes por mes.

CUARTA: Condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL” a pagar los intereses de mora a la tasa máxima legal permitida por la Superintendencia Financiera conforme lo establece el art. 884 del Código de Comercio, para cada uno de los incrementos no cancelados en forma mensual, desde la fecha en que se causó cada uno hasta la fecha del pago total de lo adeudado.

QUINTA: Condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL” a reajustar, actualizar y pagar la asignación de retiro mensual del Sr. **FRANKLIN HERNÁNDEZ SARRIA** al año 2016, para que hacia el futuro se le continúe cancelando la asignación de retiro mensual reajustada. Lo anterior por NO haber realizado la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL” el reajuste anual de 1997 a 2004, conforme lo establece la Constitución Política de Colombia en el art. 48 inc. 6º y el art. 53 inc. 3º, desarrollados por el art. 14 de la Ley 100 de 1993 y autorizados por la Ley 238 de 1995. Esto es, aplicando al porcentaje de incremento más favorable entre el aumento salarial porcentual, o el índice de Precios al Consumidor IPC, que se aplica para los reajustes pensionales, o el pago de lo que resulte probado dentro del proceso.

SEXTA: Que a las anteriores declaraciones y condenas se les dé cumplimiento dentro de los términos establecidos en el art. 192 de la Ley 1437 de 2011, Código Contencioso Administrativo.

SÉPTIMA: CONDENA EN COSTAS, en el evento de ser favorable la sentencia a las pretensiones, solicitud su Señoría^(sic) se dé cumplimiento a lo contemplado en el art. 188 del C.P.A.C.A., donde manifiesta expresamente que salvo en los casos en que exista conflicto de interés general, en los demás casos Se condenará en costas y se liquidarán conforme a la establecido en el C.P.C.

Medio de control: Nulidad & Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2016-00203-00
Demandante: **Franklin Hernández Sarria.**
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL".

OCTAVA: Ruego a Ud., Señor Juez, reconocerme personería dentro de los términos de este mandato.

1.1.2. HECHOS:

La parte actora sustenta sus pretensiones en los hechos que se sintetizan a continuación:

Indica que, el Sr. FRANKLIN HERNÁNDEZ SARRIA, percibe asignación de retiro de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL", en el grado de Sargento Primero.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante Resolución N° 037 del 16 de enero de 1997, reconoció asignación de retiro al Sr. FRANKLIN HERNÁNDEZ SARRIA.

Señala que, desde el año 1997 hasta el 2004, se ha reajustado su asignación de retiro en un porcentaje inferior al I.P.C., lo que ha puesto al actor en una situación de desigualdad frente a los demás pensionados del sector público y privado de Colombia, llevándolo en consecuencia a un empobrecimiento progresivo.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares respondió, desfavorablemente la solicitud, mediante acto administrativo Oficio CREMIL 49777 y consecutivo 2014-33504 del 22 de mayo de 2014, que aquí se demanda.

1.1.3. DISPOSICIONES VIOLADAS

El actor considera como normas violadas, las Constitucionales contenidas en el preámbulo y en los artículos 1 a 6, 13, 16, 25, 42, 44, 46, 48 inc. 6°, 51 a 53, incs. 2 y 3 del 58, 90, 150 num. 10, 220, 229 y 346; y las legales: la Ley 100 de 1993 en los arts. 14 y 279 par. 4°, Ley 238 de 1995; Decreto 1211 de 1990 art. 169.

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Sostiene como argumentos de violación de las normas enunciadas lo siguiente:

Medio de control: Nulidad & Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2016-00203-00
Demandante: **Franklin Hernández Sarria.**
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL".

Expresa que los actos demandados, al negar la solicitud de reconocimiento y reajuste de la asignación de retiro del señor **FRANKLIN HERNÁNDEZ SARRIA**, violó normas superiores y está incurso en falsa motivación, toda vez que el Gobierno Nacional al expedir el Decreto 1211 de 1990, consideró que el sistema de la oscilación era más favorable para salvaguardar los derechos de las personas que recibían asignaciones de retiro por haber sido miembros de las fuerzas militares; apreciación ceñida a la realidad en ese momento, y que cumplió su razón de ser hasta tanto cambiaron los patrones de referencia, por lo que solicita se tenga en cuenta:

El art. 53 de la Constitución Política establece como garantía fundamental en materia laboral, el principio de la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, el cual refleja el sentido reivindicatorio y proteccionista que para todo trabajador tiene el derecho laboral.

De tal forma que las garantías establecidas a su favor, no pueden voluntaria, ni forzosamente, por mandato legal, ser objeto de renuncia.

Lo anterior explica el carácter de orden público que ostentan las normas que regulan el trabajo humano, y el hecho de que los derechos y prerrogativas en ellos reconocidos se sustraigan a los postulados de la autonomía de la voluntad privada.

Así lo preceptúa el art. 14 del Código Sustantivo del Trabajo, al señalar que: "las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables".

Es indiscutible que la asignación de retiro, como prestación cumple un fin Constitucional determinado, que tiene como objetivo principal beneficiar a los miembros de la fuerza pública, con un tratamiento diferencial encaminado a mejorar sus condiciones económicas por la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares.

La Corte Constitucional, en diversas oportunidades, ha reconocido que la diversidad en el tratamiento prestacional de los miembros de la fuerza pública tiene su origen en la naturaleza riesgosa de las funciones que desarrollan y que, a su vez, cumple con el

Medio de control: Nulidad & Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2016-00203-00
Demandante: **Franklin Hernández Sarria.**
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares “CREMIL”.

fin Constitucional de compensar el desgaste físico y mental que implica el estado latente de inseguridad al que se somete al militar y a los miembros de su familia durante largos períodos de tiempo. **(En sentencia C- 101 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Treviño).**

El carácter especial se contrapone a los calificativos excepcional y autónomos, en torno al ámbito de la aplicación de un régimen normativo en un determinado ordenamiento jurídico. Al establecer que el derecho excepcional es aquel régimen normativo que supone la existencia de otro de mayor alcance y jerarquía frente al cual se introduce derogaciones, subrogaciones o modificaciones jurídicas que dependen de sí mismas y se encuentran sujetas a sus propios principios generales.

Finalmente, es derecho especial aquel régimen normativo que sin llegar a ser autónomo es conjunto de disposiciones jurídicas que dependen de sí mismas y se encuentran sujetas a sus propios principios generales. Se puede entonces considerar que un régimen prestacional especial es aquel conjunto normativo que crea, regula, establece y desarrolla una serie o catálogo de prestaciones a favor de un grupo social determinado que, a pesar de tener su origen en un derecho generativo de mayor entidad, goza de una regulación propia, en virtud de ciertas características individuales que le dotan de plena singularidad.

En este contexto, como lo ha sostenido La Corte Constitucional, dicho tratamiento diferencial debe estar encaminado a mejorar las condiciones económicas del grupo humano al cual se aplica, por lo que resultan inequitativos, es decir, contrarios al principio de igualdad, “los regímenes especiales de seguridad social que introducen desmejoras o tratamientos de inferior categorías a los concedidos por el régimen general”

De lo expuesto se puede concluir que la existencia de prestaciones especiales a favor de los miembros de la fuerza pública, lejos de ser inconstitucionales, pretenden hacer efectivos los principios de igualdad material y equidad, a partir del establecimiento de unas mejores condiciones que permitan acceder a un régimen pensional más benéfico en tiempo, en porcentajes o en derechos, en aras de equilibrar el desgaste físico y

Medio de control: Nulidad & Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2016-00203-00
Demandante: **Franklin Hernández Sarria.**
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL".

emocional sufrido durante un largo periodo de tiempo, por la prestación ininterrumpida de una función pública que envuelve un peligro inminente.

El objetivo del régimen especial no puede desbordar los límites para el cual fue creado, ni constituirse en una preferencia, pero tampoco puede estar por debajo de los privilegios que gozan las personas pertenecientes al régimen general. En cualquiera de los dos casos resulta constitucional real y efectiva o un agravio injustificado al militar retirado al no aplicársele el incremento a su pensión como lo ordena la Ley.

A partir de la entrada en vigencia de la nueva Constitución Política en el año 1991, se introdujo el principio del incremento anual de la mesada pensional con el objetivo de que la misma no perdiera el poder adquisitivo constante.

Posteriormente con la expedición de la Ley 100 de 1993 el personal de las Fuerzas militares y la policía nacional fue excluido del sistema de seguridad social integrada, razón por la cual se expidió la Ley 238 de 1995, por medio de la cual se hizo salvedad en cuanto a la interpretación de esa disposición, argumentando que no se trataba de la negociación de los beneficios y derechos consagrados para los pensionados de dichos sectores.

A pesar de la claridad de la disposición que habilitó el reajuste de las asignaciones de retiro en función del IPC, la administración continuó ignorando su alcance, argumentando que no se pueden realizar aumentos superiores a lo estipulado porque desbordaría los límites expuestos por el legislador, sin considerar que fue el mismo legislador quien al expedir la Ley 238 de 1995, cambió las reglas básicas para reajustar las pensiones del personal retirado de las fuerzas militares y la policía nacional.

El sistema de oscilación, consagrado en el art. 169 del Decreto 1211 de 1990, para el reajuste de las asignaciones de retiro o pensiones que tiene como referencia el monto de los salarios del personal activo, no puede seguir siendo aplicable a los reajustes anuales del personal retirado porque la utilización de dicho sistema deterioraría año por año la asignación del personal retirado de la fuerza pública.

Medio de control: Nulidad & Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2016-00203-00
Demandante: **Franklin Hernández Sarria.**
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL".

Por último, si la razón para no dar aplicación a lo dispuesto en la Ley 238 de 1995 respecto al reajuste de las asignaciones de retiro, consiste en entender que esta no es pensión, quedó claro dentro de los hechos que para la Corte Constitucional y el Consejo de Estado la asignación e retiro es una verdadera pensión y por tanto se le debe aplicar el reajuste establecido en el art. 14 de la Ley 100 de 1993. Como sustento a sus argumentos, transcribe apartes de jurisprudencia del Consejo de Estado

Manifiesta que si la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares hubiera aplicado los fundamentos Constitucionales expresados en esta demanda, debió haber reconocido los incrementos anuales y reajustes correspondientes con base en el IPC, agrega que, la no aplicación de los incrementos tiene también un efecto en el reajuste anual de los años subsiguientes.

Expresa que, la Caja manifiesta la prescripción cuatrienal no teniendo en cuenta que, al negarle al accionante el pago de las diferencias no pagadas de las mesadas desde el 01 de enero de 1997, es una violación directa de la Ley, las mesadas prescriben, pero las que han sido reconocidas mediante acto administrativo y no se hayan reclamado por negligencia del beneficiario, para el presente caso, al actor la entidad demandada no le ha reconocido este derecho.

De lo anterior se colige que, el fenómeno prescriptivo para los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía, es de período cuatrienal, Prescripción, que afecta solamente a las mesadas reconocidas y no reclamadas en tiempo, al tenor del art. 174 del Decreto 1211 de 1990, como lo ha expresado las altas cortes. Siendo que si hubiese aplicación de prescripción, esta sería de tipo cuatrienal y no afecta el derecho de **INDEXACIÓN**, sino el pago de las mesadas.

Primero porque existe el pronunciamiento del HONORABLE CONSEJO DE ESTADO, con relación a la no aplicación de la prescripción, por las razones expuestas en sus fallos, la aplicación de normas diferentes al régimen especial de estos servidores, tiene su fundamento legal, en que la persona de las Fuerzas Militares, pertenece a un régimen especial y están regidas por estatutos propios como el Decreto 1211 de 1990.

Medio de control: Nulidad & Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2016-00203-00
Demandante: **Franklin Hernández Sarria.**
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares “CREMIL”.

El art. 14 de la Ley 100/93 dispone “Reajuste de Pensiones. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del IPC, certificado por el DANE, para el año inmediatamente anterior”.

DERECHOS IMPRESCRIPTIBLES, como es la pensión por tratarse de prestaciones de tracto sucesivo y reconocido por la accionada, igualmente el Decreto 1211 de 1990, en su art. 174, no consagró la prescripción para la indexación de pensiones, y solo se refirió a la prescripción de las prestaciones unitarias de contenido patrimonial y las mesadas previstas por el decreto, es así como la sentencia C-298 de 2002, La Honorable Corte Constitucional consagró refiriéndose a la prescripción contenida en los estatutos de la Fuerza Pública.

Que “el término de la prescripción es aplicable con las prestaciones unitarias de contenido patrimonial y las mesadas pensionales previstas en cada decreto”

Corolario conforme al art. 174 del Decreto 1211 de 1990, prescriben las mesadas de las cuales no se puede hablar si antes no se ha reconocido el derecho. Al actor en ningún acto administrativo la administración le ha reconocido la indexación de su pensión, razón por la cual ha tenido que acudir a la jurisdicción para obtener el reconocimiento de un derecho que el Gobierno en cabeza de la Caja de Retiro de las FF.MM. “CREMIL”, debe reconocerlo de oficio.

Siendo este derecho parte de los derechos fundamentales, no requiere más formalismos para su reconocimiento que lo consagrado en el Canon 48 y 53 de la Constitución Política, de manera que no es procedente la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa, ni la excepción de prescripción de derechos y por consiguiente la Caja de retiro debe reconocer y pagar el reajuste a la indexación de la asignación de retiro o pensión desde 1997, este derecho debe reconocerse de oficio, siguiendo el ordenamiento superior.

Medio de control: Nulidad & Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2016-00203-00
Demandante: **Franklin Hernández Sarria.**
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL".

1.1.4. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue presentada el día 22 de septiembre de 2016, tal como se avizora en la nota de reparto¹.
- A través de auto de fecha 21 de octubre de 2016, se admitió la demanda².
- La demanda fue notificada a las partes e intervinientes el día 02 de febrero de 2017³.
- El 21 de febrero de 2017, La entidad demandada contestó la demanda⁴.
- Por secretaría desde el 05 al 07 de junio de 2017, se dio traslado a la parte demandante acerca de las excepciones propuestas por la accionada⁵.
- Mediante auto del 04 de agosto de 2017, se fijó fecha para la realización de audiencia inicial⁶.
- El día 24 de octubre de 2017 se llevó acabo audiencia inicial, en la cual se dio traslado para que las partes y el Ministerio Público presentaran alegatos de conclusión por escrito⁷.
- El 31 de octubre de 2017 la parte demandante presentó escrito de alegación⁸, la parte demandada y el Ministerio Público no alegaron de conclusión.

1.1.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁹.

El demandado mediante apoderado judicial, presentó escrito de contestación de demanda, en los siguientes términos:

Se opone a todas y cada una de las pretensiones y de los hechos de la demanda.

Frente a los hechos, acepta como ciertos el primero, segundo, tercero, cuarto y sexto, los cuales hacen referencia al reconocimiento de asignación de retiro al demandante y a la no realización del incremento de la asignación de retiro durante los años 1997 hasta el 2004 conforme al IPC. Sobre el hecho quinto determinó que debe ser objeto de verificación en el proceso.

Como argumentos de su posición, advierte que el régimen prestacional del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares se rige por las disposiciones especiales

¹ Fl. 29.

² Fl. 31.

³ Fls. 36 - 38.

⁴ Fls. 43 - 45.

⁵ Fl. 64.

⁶ Fl. 65.

⁷ Fls. 68 - 71.

⁸ Fls. 85 - 89.

⁹ Fls. 43 - 45.

Medio de control: Nulidad & Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2016-00203-00
Demandante: **Franklin Hernández Sarria.**
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL".

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

Explica que, al pertenecer los miembros de la fuerza pública a un régimen especial, este régimen contempla el hecho de que las asignaciones de retiro deben reajustarse anualmente de acuerdo a las variaciones que se introduzcan en las asignaciones pagadas a los militares que se encuentren en servicio activo de acuerdo con cada grado. (De conformidad con el principio de oscilación). Para ello el Gobierno nacional anualmente mediante decreto ejecutivo, fija los incrementos de los sueldos básicos del personal en actividad reajustando con ello las asignaciones de retiro.

Como excepciones propuso la de inexistencia de fundamento jurídico de las pretensiones y prescripción.

1.1.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

- **Parte Demandante¹⁰:** Presentó los alegatos sosteniendo los mismos argumentos del libelo introductor.
- **De la parte Demandada:** No presentó Alegatos de Conclusión.
- **Del Ministerio Público:** No presentó Alegatos de Conclusión.

2. CONSIDERACIONES

2.1. COMPETENCIA:

El Juzgado es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente demanda, conforme lo establece el art. 155 num. 3 de la Ley 1437 de 2011. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causal de nulidad que invalide lo actuado.

¹⁰ Fls. 85 - 89.

Medio de control: Nulidad & Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2016-00203-00
Demandante: Franklin Hernández Sarria.
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares “CREMIL”.

2.1.1. ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

El Acto Administrativo sometido a enjuiciamiento es el Oficio CREMIL 49777 con consecutivo N° 2014-33504 del 22 de mayo de 2014 y CREMIL 62673 con consecutivo N° 2016-53859 del 11 de agosto de 2016, por medio del cual se negó al demandante el reajuste de su asignación de retiro, en la proporción correspondiente a la diferencia entre lo pagado por la Caja y la variación porcentual del IPC, para los años 1997 al 2004.

2.1.2. PROBLEMA JURÍDICO.

El problema jurídico central de la controversia radica en determinar si al Sr. Franklin Hernández Sarria le asiste o no derecho a que su asignación de retiro le sea reliquidada, a partir de 1997 hasta el año 2004, con base en la variación porcentual del IPC certificado por el DANE, respecto de los años en que el incremento anual efectuado por la entidad demandada con aplicación del principio de oscilación, fuera inferior a este?

Con el fin de llegar a una conclusión en este caso, se desarrollara el siguiente temario (i) Normas legales y jurisprudenciales sobre el régimen de las Fuerzas Militares; (ii) Caso en concreto; y (iii) conclusión.

2.1.3. NORMAS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS FUERZAS MILITARES¹¹

Sobre el problema jurídico planteado, se transcribe in extenso lo que es la posición del H. Consejo de Estado¹², frente al principio de favorabilidad de que trata el art. 14 de la Ley 100 de 1993 y el de oscilación para la liquidación de la asignación de retiro de las fuerza militares, en los siguientes términos:

“La ley 100 de 1993 en su artículo 279 excluyó de su aplicación al siguiente grupo de servidores del Estado:

¹¹ CONSEJO DE ESTADO; SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO; SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”; C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE; 12 de febrero de 2009; Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00267-01(2043-08).

¹² Sentencia de 17 de mayo de 2007, M.P. Jaime Moreno García, exp. 8464-05.

Medio de control: Nulidad & Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2016-00203-00
Demandante: **Franklin Hernández Sarria.**
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares “CREMIL”.

- a) Miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.
- b) Personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción del que se vincule a partir de la vigencia de la ley.
- c) Miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.
- d) Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- e) Trabajadores de empresas que a la vigencia de la ley estuvieran en concordato preventivo y obligatorio, y
- f) Servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos ni sus pensionados, excepción hecha de quienes se vinculen por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, bajo las condiciones allí previstas.”

“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, 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 por el DANE como lo dispuso el artículo 14 de la última, y a la mesada 14 en los términos del artículo 142 ibídem.”

Valga aclarar que cuando la norma transcrita se refiere a los “pensionados”, dicho término no sólo se refiere a los servidores públicos de la Fuerza Pública que hayan accedido a la pensión de jubilación, sino también a aquellos que hayan obtenido asignación de retiro, como el actor, tal como los dispuso la Corte Constitucional en sentencia C-432 de 2004, cuando determinó que la asignación de retiro es una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez.

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

Medio de control: Nulidad & Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2016-00203-00
Demandante: Franklin Hernández Sarria.
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares “CREMIL”.

constitucional de favorabilidad que, por lo general, gobierna a los regímenes especiales, como es el caso de los miembros de la Fuerza Pública. Sobre este aspecto, la sentencia transcrita dice lo siguiente:

[...]

*“Ahora bien, la Sala solo podría dejar de aplicar una ley ordinaria posterior, especial y **más favorable**, según se verá más adelante, en lugar de una ley marco anterior y su decreto 1212 de 1990 que la desarrolla, bajo la condición de que aquella fuera **incompatible** con la Constitución Política, debido a que esa es la única hipótesis constitucional para dejar de aplicar una ley que no ha sido declarada inexecutable”.*

“Y la Sala encuentra que la ley 238 de 1995 es más favorable para el demandante que la ley 4ª de 1992 y el decreto 1212 de 1990, porque al hacer la comparación entre los reajustes pensionales derivados del aumento de las asignaciones en actividad de los oficiales de la Policía Nacional establecidos en los decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001 y 745 de 2002 y los que resultan de la aplicación del artículo 14 de la ley 100 de 1993, se evidencia que la aplicación de este sistema de reajuste resulta ser cuantitativamente superior”.

“En efecto, en el caso concreto la Sala pudo establecer que al actor le resulta más favorable el reajuste de la pensión, con base en el IPC (Ley 100 de 1993), [...]

“Lo anterior determina, además, que frente a los alegatos del acto acusado que enfrenta el sistema de reajustes de la oscilación de las asignaciones en actividad, que según la Caja demandada deben prevalecer sobre el del artículo 14 de la ley 100, el artículo 53 de la Constitución Política ordena darle preferencia a la norma más favorable, en la hipótesis de que llegare a haber duda en su aplicación, que para la Sala no la hay, por lo dicho anteriormente.” [...]

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 de la Fuerza Pública, a través del art. 3 [3.13] de la Ley 923 de 2004, el cual fue reglamentado por el art. 42 del Decreto 4433 del mismo año en los siguientes 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.”

(...)”

Medio de control: Nulidad & Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2016-00203-00
Demandante: **Franklin Hernández Sarria.**
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares “CREMIL”.

2.2. CASO EN CONCRETO.

Se invoca como pretensión se declare la nulidad de los actos administrativos: Oficio CREMIL 49777 con consecutivo N° 2014-33504 del 22 de mayo de 2014 y CREMIL 62673 con consecutivo N° 2016-53859 del 11 de agosto de 2016, acto particular y concreto, mediante el cual se niega el reajuste de la asignación de retiro en la proporción correspondiente a la diferencia entre lo pagado por la Caja y la variación porcentual del IPC para los años de 1997 al 2004.

Le entidad demandada por su parte justifica su negativa en la existencia constitucional y legal de un régimen especial para la fuerza pública, que tiene como punto de convergencia la Ley 4ª de 1992, la cual señala al Gobierno los criterios y objetivos a los cuales debía sujetarse para la expedición del régimen prestacional de los empleados públicos, entre ellos los miembros de la fuerza pública, se destaca en ese orden el artículo 13 de la misma.

El asunto en materia de discusión ha versado en relación con la forma como se han reajustado las asignaciones de retiro, método que se sustenta en el llamado “**principio de oscilación**”, es decir, que las asignaciones de los miembros retirados se incrementan en el mismo porcentaje que las asignaciones de los miembros en actividad. **El mencionado principio se encuentra consagrado en el art. 3 [3.13] de la Ley 923 de 2004.**

Sin embargo, tal como quedó planteado en la jurisprudencia arriba transcrita, existe un incremento favorable al agente retirado si su asignación se liquida con fundamento en el I.P.C., pero este solamente puede operar hasta el 31 de diciembre de 2004, puesto que a partir de allí el legislador estableció el principio de oscilación aludido ut supra.

De manera que, le asiste razón al Sr. HERNÁNDEZ SARRIA, de requerir le reliquiden su asignación de retiro con base en el I.P.C. certificado por el DANE, tal como está previsto en el art. 14 de la Ley 100 de 1993 desde el año 1997 hasta el 31 de diciembre de 2004, por cuanto, como quedó explicado, tanto el Legislador como el Ejecutivo previeron nuevamente para los miembros de la Fuerza Pública el sistema de oscilación, como fórmula especial de ajuste de las asignaciones de retiro, mediante el Decreto

Medio de control: Nulidad & Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2016-00203-00
Demandante: **Franklin Hernández Sarria.**
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL".

4433 de 2004; de allí que, desde el 1º de enero de 2005 hasta la fecha de esta decisión se tendrá en cuenta el sistema de oscilación para el reajuste a que haya lugar.

Empero, en lo que hace a este asunto, se debe entender que la liquidación antes descrita se debe realizar para tener certeza de cuál es el monto actual que debe estar devengando el demandante; puesto que, al haberse agotado el procedimiento administrativo el 25 de julio de 2016, opera el fenómeno prescriptivo del art. 174 del Decreto 1211 de 1990, el cual es cuatrienal; alcanzando sólo hasta el 25 de julio de 2012.

Si de las operaciones matemáticas que se efectúen, resulta alguna diferencia entre los valores cancelados y la nueva liquidación, deberá pagarse esa suma al demandante, actualizado como lo ordena el art. 192 del C.P.A.C.A.

En este mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado en Sentencia proferida por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado dentro del Rad. 1479-09 con ponencia del Consejero Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren el 27 de enero de 2011, cuando dice:

“Dada la naturaleza de la asignación de retiro, como una prestación periódica, es claro que el hecho de que se haya accedido a la reliquidación de la base con fundamento en el IPC, hace que tal monto se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro de manera ininterrumpida, pues como se ha precisado en anteriores oportunidades las diferencias reconocidas a la base pensional si deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores. Así las cosas, esta Sala habrá de precisar que como quiera que la base pensional se ha modificado desde 1997, con ocasión de la aplicación del IPC, es claro que necesariamente este incremento incide en los pagos futuros y por ende mal puede establecerse limitación alguna, cuando este incremento no se agota en un tiempo determinado. En consecuencia, se modificará el numeral 4º de la providencia objeto de estudio, en el sentido de ordenar que las diferencias que resulten con ocasión de la aplicación del índice de precios al consumidor sean utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores, según sea el caso...”

En consecuencia, se considera que el acto administrativo demandado al no disponer la revisión de los reajustes de la asignación de retiro del demandante, desde 1997 en adelante, con fundamento en la Ley 238 de 1995 y el art. 14 de la Ley 100 de 1993, viola normas superiores, lo que permite inferir que las súplicas de la demanda en relación con este aspecto tiene vocación de prosperidad y así se dispondrá; **de igual**

Medio de control: Nulidad & Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2016-00203-00
Demandante: **Franklin Hernández Sarria.**
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL".

forma se declarará la no prosperidad de la excepción denominada por el accionado de Inexistencia de fundamento jurídico para solicitar reajuste de asignación de retiro conforme al IPC desde el año 2005, por lo ya expuesto con anterioridad.

2.3. PRESCRIPCIÓN

Decidida la suerte de las pretensiones se entra a analizar, la excepción denominada por la parte accionada como prescripción de las diferencias en algunos años según las mesadas de conformidad al Decreto 1211 de 1990 (art. 174).

Resuelto como quedó, que la norma aplicable en el sub judice es el Decreto 1211 de 1990, para el presente asunto, esta misma normatividad será la dispuesta para el fenómeno prescriptivo, que en su art. 174, la estipula por cuatro años, de modo que, si la petición se radicó en la fecha 25 de julio de 2016¹³, el interesado tiene derecho a recibir el reajuste solicitado desde el año 25 de julio de 2012, pues en los períodos anteriores están afectados por el fenómeno jurídico de la prescripción, por lo que habrá que declararse la prosperidad parcial de la excepción de prescripción de las mesadas, en los términos del citado decreto.

2.4. CONCLUSIÓN.

En ese orden de ideas y finalmente, se da contestación al problema jurídico planteado, disponiendo que en aplicación de la normatividad expuesta y del criterio de la alta Corporación en cita, es dado a la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, aplicar el art. 14 de la Ley 100 de 1993, al calcular el incremento anual de la asignación de retiro del personal de la Fuerza Militar, desde el año 1997 (Fecha en la que se reconoció la asignación de retiro, mediante Resolución N° 0037 del 16 de enero de 1997) hasta el 31 de diciembre de 2004; puesto que a partir de allí el legislador instituyó nuevamente el sistema de oscilación para la liquidación de las prestaciones de los uniformados.

¹³ Fls. 06 - 07.

Medio de control: Nulidad & Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2016-00203-00
Demandante: **Franklin Hernández Sarria.**
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares “CREMIL”.

2.5. CONDENA EN COSTAS

El art. 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Así las cosas, se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones de los arts. 365 y 366 del C.G.P., y los parámetros establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso, en un porcentaje del 5%.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRESE la Nulidad de los actos administrativos **CREMIL 49777** y consecutivo 2014-33504 de fecha 22 de mayo de 2014 y **CREMIL 62673** y consecutivo 2016 - 53859 de fecha 11 de agosto de 2016, por el cual se negó la solicitud de reajuste de la asignación de retiro al Sr. **Franklin Hernández Sarria**, conforme a la parte considerativa.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDÉNESE** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares “CREMIL” a reconocer y pagar a **Franklin Hernández Sarria** la diferencia en el reajuste anual de su asignación de retiro, teniendo en cuenta el art. 14 de la Ley 100 de 1993, a partir del año 1997 y hasta 31 de diciembre de 2004, y a partir de esta fecha se reliquidará teniendo en cuenta lo señalado en el art. 3 [3.13] de la Ley 923 de 2004.

Las diferencias resultantes, serán objeto de la indexación con aplicación de la siguiente fórmula, en los términos del art. 187 del C.P.A.C.A.:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Medio de control: Nulidad & Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2016-00203-00
Demandante: **Franklin Hernández Sarria.**
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares "CREMIL".

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada salarial y prestacional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

TERCERO: DECLÁRESE Probada **parcialmente** la excepción de prescripción en relación con los reajustes que aquí se reclaman, causados con anterioridad al 25 de julio de 2012, conforme a lo dicho en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: DECLÁRESE no Probadas las demás excepciones propuestas por la entidad demandada, por lo expuesto en la parte motiva esta providencia.

QUINTO: CONDÉNESE en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del art. 361 del C.G.P., y los parámetros establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso, en un porcentaje del 5%.

SEXTO: La presente sentencia se cumplirá con arreglo a lo dispuesto por los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: En firme este fallo, devuélvase al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso. Efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático del Juzgado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS
JUEZ