



Consejo Superior
de la Judicatura

REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, 14 DIO 2018

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: JOSÉ EVANGELISTA GAMBA MORA
DEMANDADO: NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA –EJÉRCITO NACIONAL y la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-
EXPEDIENTE: 15001-33-33-006-2017-0211-00

Agotados los ritos del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, profiere el Despacho sentencia de primera instancia

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

El señor **JOSÉ EVANGELISTA GAMBA MORA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 7.331.106, a través de apoderado y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA- demanda a la **NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA –EJÉRCITO NACIONAL y la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-**, con la finalidad que se declare la prosperidad de pretensiones incoadas, las cuales se encuentran consignadas a folio 3 y ss, de forma sucinta busca lo siguiente: **(i)** Que se inaplique por vía de excepción de inconstitucionalidad los decretos que fijan los sueldos básicos del personal oficial, suboficial, agentes y demás miembros de la fuerza pública entre el año 1997 y el 2004; **(ii)** se declare la nulidad de los actos administrativos demandados. **Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento:** que la **NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA –EJÉRCITO NACIONAL** **(i)** Reliquide los salarios que devengó el demandante en el servicio activo desde el año de 1997 y hasta el 5 de junio de 2014 (fecha de retiro), teniendo como factor de incremento anual el IPC del año anterior, cuando este sea mayor al factor utilizado para la liquidación que se hiciera del salario en cada año en que prestó sus servicios. **(ii)** Efectuar la reliquidación y cómputo con retroactividad de primas y prestaciones sociales que como asignación integral devengaba mensualmente el demandante en el periodo comprendido entre el año 1997 hasta la fecha de su retiro teniendo en cuenta como factor de incremento el IPC, cuando este sea mayor al factor de incremento de su remuneración efectivamente aplicado en cumplimiento de normas reglamentarias que pide inaplicar por excepción de inconstitucionalidad. **(iii)** Realizar la corrección de la hoja de servicios modificando la descripción de los haberes de nómina devengados y la descripción de las partidas computables para reconocimiento de prestaciones sociales y de la asignación de retiro. **Que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-** **(iv)** Efectúe la reliquidación de la asignación de retiro del demandante teniendo como base de liquidación el salario reajustado aplicando como factor de incremento el IPC cuando sea mayor al factor de incremento efectuado de los años 1997 a 2004 (fecha de retiro) en aplicación de los Decretos que se deprecia inaplicar por vía de excepción. **(v)** Que pague al demandante las diferencias que a su favor resulten entre la reliquidación deprecada y la asignación de retiro pagada desde el 5 de junio de

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R. N° 15001-33-33-006-2017-0211-00

Demandante: José Evangelista Gamba Mora

Demandado: Nación Ministerio de Defensa Ejército Nacional y otro.

2014 y hasta la fecha en forma indexada dando aplicación a los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011. **(vi)** se condene en costas a las demandadas.

1.3. Fundamentos fácticos

Se refiere que el demandante laboró en favor del **EJÉRCITO NACIONAL** y pasando a uso de buen retiro con el Grado de Sargento Primero (RA) el día 4 de junio del 2004, de acuerdo a la resolución No. 184 de 2004, por la cual fue retirado del servicio.

Que durante el periodo comprendido entre 1997 y el 2004, el demandante se desempeñó como suboficial del **EJÉRCITO NACIONAL** percibiendo el sueldo básico y prestaciones de acuerdo a lo establecido por el Gobierno Nacional en los Decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001, 745 de 2002, 3552 de 2003 y 4158 de 2004.

Que la asignación de retiro fue reconocida por la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-** en la Resolución No. 1347 del 04 de mayo del 2004 tomando el sueldo básico del grado de SARGENTO PRIMERO, por ser el último grado del demandante como base para determinar las demás partidas computables en la asignación de retiro.

Que el Gobierno Nacional, ha fijado el incremento salarial atendiendo el principio de oscilación contemplado en el artículo 169 del decreto 1211 de 1990 y el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004. Por lo cual, el sueldo básico reconocido al demandante durante el periodo entre 1997 y 2004, fue ajustado atendiendo dicho principio, pero en dicho periodo se ajustó en un porcentaje inferior al Índice de Precios al Consumidor, contraviniendo el contenido del artículo 53 Constitucional y afectando los salarios y prestaciones y el monto de la asignación de retiro del demandante.

Que a la fecha de presentación de la demanda no se ha efectuado el reajuste del sueldo básico correspondiente a los grados militares correspondientes a la carrera de suboficial que ostentaba el demandante para el periodo comprendido entre 1997 y el 2004, contradiciendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, según la cual, los sueldos básicos de los servidores y empleados o funcionarios públicos debe incrementarse siguiendo el IPC del año anterior.

Que de acuerdo a lo consignado por la Corte Constitucional en la sentencia C-432 de 2004 la asignación de retiro se asimila a una pensión de jubilación o vejez.

Que mediante derecho de petición de fecha 21 de octubre de 2016 presentado ante el Ministerio de Defensa Nacional, el demandante solicitó la reliquidación del sueldo básico y de las prestaciones que devengó en el periodo de 1997 a 2004, con el fin de lograr el reajuste salarial de acuerdo al IPC. Sin embargo, el **EJÉRCITO NACIONAL** dio respuesta negativa.

Sumado a lo anterior, mediante derecho de petición de fecha 10 de noviembre del 2017 el demandante solicitó a **-CREMIL-**, la reliquidación de la asignación de retiro de conformidad con el IPC fijado por el DANE, estableciendo la verdadera base salarial que debió servir de fundamento para la determinación de la asignación de retiro, la cual fue resuelta de forma negativa.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R. N° 15001-33-33-006-2017-0211-00

Demandante: José Evangelista Gamba Mora

Demandado: Nación Ministerio de Defensa Ejército Nacional y otro.

1.4. Normas violadas y concepto de violación

En síntesis, el apoderado de la parte demandante refiere que han sido infringidos los artículos 4, 53 y 187 Constitucionales, la Ley 4 de 1992, la Ley 923 de 2004, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, desde el año 1997 a la fecha, pues han desconocido derechos esenciales del personal de la fuerza pública, dentro de los que se encuentra el accionante, al efectuar el reajuste salarial en un porcentaje inferior al IPC certificado por el DANE, tal y como consta a folio 15 y ss.

II. TRÁMITE PROCESAL**2.1. Admisión y etapas del proceso**

La demanda fue admitida con providencia del 15 de diciembre de 2017 (fl. 61 y siguientes) y una vez notificada, la entidad accionada **-CREMIL-** dio contestación como se advierte a folio 70 y siguientes).

Posteriormente, mediante auto del 14 de septiembre de 2018 se fijó la fecha para la realización de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA (fl.114).

Tal diligencia se llevó a cabo el día 12 de octubre de 2018, según consta en el acta que reposa en el expediente a folios 176 y siguientes, en la cual, se resolvió la excepción previa de **"COSA JUZGADA"**, formulada por **-CREMIL-**, así mismo la de **'FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA CON ANTERIORIDAD AL 5 DE JUNIO DE 2004'** en su perspectiva de legitimación de hecho y se *defirió* la resolución de la legitimación material en la causa para el fondo del asunto (fl.177 y ss). Así mismo, se decretaron medios de prueba para el esclarecimiento de los supuestos fácticos.

En consecuencia, el día 21 de noviembre de 2018, se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 181 del CPACA para incorporar y practicar los medios de prueba que fueron decretados en la audiencia inicial (folio 225 y ss), incorporando todas las pruebas, y se dio por finalizada la etapa probatoria, ordenándose la presentación por escrito de los alegatos de conclusión, al considerar innecesario llevar a cabo la Audiencia de Alegaciones y Juzgamiento de que trata el artículo 182 del CPACA.

2.2. Oposición a la demanda

La **NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA –EJÉRCITO NACIONAL**, a pesar de estar debidamente notificada dentro del término para contestar la demanda no realizó pronunciamiento alguno.

Por su parte la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-**, por intermedio de su apoderada manifestó oponerse a todas las pretensiones invocadas.

Frente a los hechos, acepta los relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante y el procedimiento administrativo surtido en cuanto a la petición

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R. N° 15001-33-33-006-2017-0211-00

Demandante: José Evangelista Gamba Mora

Demandado: Nación Ministerio de Defensa Ejército Nacional y otro.

presentada ante -CREMIL-y su respectiva contestación, los demás supuestos fácticos no le constan.

Como medios de defensa presentaron excepciones, siendo resueltas en la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A., las tituladas "*cosa juzgada*" y la de "*falta de legitimación en la causa por pasiva con anterioridad al 5 de junio de 2004*" en su enfoque formal; por su parte la denominada "*prescripción*" y las que se desprendan de las razones de defensa se decidirían con el fondo del presente asunto.

2.3. Medios de prueba relevantes allegados al proceso

- Copia de la Resolución No. 1347 del 4 de mayo del 2004 mediante la cual, se reconoce la asignación de retiro al demandante, **con efectos fiscales a partir del 5 de junio del 2004** (fl. 22 y ss).
- Copia de derecho de petición radicado ante el EJERCITO NACIONAL-DIRECCION DE PERSONAL (fl. 24 y ss).
- Copia de la petición formulada por el demandante el 10 de noviembre del 2016 solicitando ante la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-** el reajuste de su asignación de retiro teniendo en cuenta el IPC, para los años comprendidos entre **1997 y 2004**, (fls. 27 a 30).
- Oficio No. 20163171460191 del 27 de octubre del 2016 por medio del cual, el Ejército Nacional resuelve de forma desfavorable la solicitud de reliquidación salarial y prestacional presentada por el accionante (fl. 31 y ss).
- Copia del derecho de petición radicado ante el **CREMIL** (fl. 104 vto y ss).
- Copia del oficio No. 0079781 del 2 de diciembre de 2016 proferido por -CREMIL- mediante el cual resuelve la petición del reajuste de su asignación presentada por el accionante (fl. 32 111).
- Copia del Oficio No. 20163171457951 del 27 de octubre de 2016, donde se certifican los haberes devengados por el accionante en los años comprendidos entre 1996 y 2004 (fl. 33).
- Certificación expedida por **-CREMIL-** en la cual se certifican los porcentajes y las partidas computables, así como el monto de la asignación del demandante para los años 2014 a 2016 (fls. 34 y 35).
- Copia de la Hoja de servicios del demandante de fecha 16 de marzo del 2004 (fl. 36)
- Certificación expedida por -CREMIL- donde consta la última Unidad Militar donde el demandante prestó sus servicios militares (fl. 37).
- Copia de sentencia proferida por el Juzgado Once Administrativo de Oralidad de Bogotá de fecha 3 de septiembre de 2014 (fl. 38 y ss)
- Copia de sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío de fecha 13 de noviembre de 2015 (fl. 48 y ss)
- Copia del expediente administrativo de reconocimiento de la asignación de retiro del accionante expedido por **-CREMIL-** (fl. 85 y ss).
- Copia del expediente administrativo de cumplimiento de conciliación extrajudicial de IPC año 2004, aportada por **-CREMIL-** (fl. 94 y ss).
- Certificado de los haberes percibidos por el demandante desde el año 1996 hasta la fecha de retiro, expedido por el EJERCITO NACIONAL (fls.189 a 192)

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R. N° 15001-33-33-006-2017-0211-00

Demandante: José Evangelista Gamba Mora

Demandado: Nación Ministerio de Defensa Ejército Nacional y otro.

2.4. Alegatos de conclusión

Surtidas las etapas que refieren los artículos 180 y 181 de la Ley 1437 de 2011, y corrido el traslado para que las partes presentaran alegatos de conclusión (fl. 226), se advierte que ninguna de ellas realizó pronunciamiento alguno, y tampoco el **MINISTERIO PÚBLICO**.

III. CONSIDERACIONES

Agotadas como se encuentran las etapas a las que alude el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, dentro del proceso de la referencia y sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, el Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja procede a proferir fallo de primera instancia dentro del proceso contencioso administrativo con medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, para lo cual tiene en cuenta lo siguiente:

3.1. Problema Jurídico

En el presente caso el problema jurídico a resolver consiste en determinar si los actos administrativos demandados, expedidos por la **NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL** y la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL**-mediante los cuales se NEGÓ el reajuste salarial, prestacional y de la asignación de retiro del demandante, están incurso en alguna de las causales de nulidad que establece el artículo 137 del CPACA.

Así mismo, si las demandadas deben reliquidar el salario y las prestaciones devengadas entre 1997 y el 2004 teniendo en cuenta el incremento del IPC, cuando sea superior al aumento realizado en virtud del principio de oscilación, así mismo si deben reliquidar la asignación de retiro del demandante y pagar las diferencias generadas entre el valor pagado y el que se debió reconocer, por resultar contrarios a la constitución, la ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional (fl.15).

La parte actora sostiene como tesis que la normatividad en que fundamenta sus pretensiones fue infringida por las entidades demandadas dado que desconocieron derechos esenciales del personal de oficiales y suboficiales de la fuerza pública, ya que en el intervalo comprendido entre los años 1997 a 2004 el reajuste salarial anual de aquellos se efectuó en un porcentaje inferior al margen de variación del Índice de Precios al Consumidor fijado por el DANE.

La entidad demandada **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL**-esboza como tesis que las prestaciones del personal militar son reguladas por un régimen especial, que prevalece sobre el general, el cual establece que las asignaciones de retiro deben reajustarse anualmente de acuerdo a las variaciones de conformidad con el principio de oscilación.

El despacho a su turno negará las pretensiones de la demanda por no asistirle razón a la parte demandante, para abordar el estudio del problema jurídico planteado y las tesis sustentadas por las partes dentro del presente proceso, el Despacho pretende resolver la Litis previo estudio de los siguientes aspectos: **i)** Excepción de inconstitucionalidad e

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R. N° 15001-33-33-006-2017-0211-00

Demandante: José Evangelista Gamba Mora

Demandado: Nación Ministerio de Defensa Ejército Nacional y otro.

ilegalidad; **ii)** Régimen especial de la Policía y de las Fuerzas Militares; **iii)** Marco Jurídico del reajuste de la asignación de retiro, **iv)** Precedente Constitucional y Judicial en relación con el reajuste de las asignaciones de retiro con fundamento en la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, IPC; **v)** Caso Concreto

3.2. Argumentos y sub-argumentos para resolver el problema jurídico planteado.

3.2.1. Excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad

La figura de la «excepción de ilegalidad» se circunscribe a la posibilidad que tiene el juez de lo contencioso administrativo de inaplicar, de oficio o a solicitud de parte, dentro del trámite de una acción o medio de control sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior.

Esta potestad del juez de lo contencioso se deriva del artículo 148 de la Ley 1437 de 2011, cuyo tenor es el siguiente:

«Artículo 148. Control por vía de excepción. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley. La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte.»

Según lo señalado por el Consejo de Estado en reciente sentencia¹:

“La figura de la «excepción de ilegalidad» es connatural a la decisión del Constituyente de poner en manos de una jurisdicción especializada la facultad de decidir sobre la legalidad del actuar de la Administración Pública, y constituye una clara materialización de los principios de jerarquía normativa, seguridad jurídica y unidad, coherencia y armonía del sistema jurídico.

En efecto, la existencia de una jurisdicción especializada en la preservación del principio de legalidad en la actuación administrativa es de rango constitucional: sobre el particular, los artículos 236 a 238 atribuyen a la jurisdicción de lo contencioso administrativo dicha función”.

El ordenamiento jurídico en Colombia supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución. En diversas disposiciones superiores se refieren a la sujeción de cierto rango de normas frente a otras. El artículo 4° de la Constitución señala: “*La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*”. De la propia Carta se desprende que las leyes expedidas por el Congreso dentro de la órbita de competencias que le asigna la Constitución, ocupan una posición prevalente en la escala normativa frente al resto del ordenamiento jurídico. A esta conclusión se arriba de la lectura de distintas disposiciones, entre otras, aquellas referentes a los deberes y facultades que, según el artículo 189 de la Constitución, le corresponden al Presidente frente a ley. En efecto, esta disposición le impone “*promulgar la leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento*”

¹ Sentencia con radicación 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) del 18 de Julio de 2018 CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R. N° 15001-33-33-006-2017-0211-00

Demandante: José Evangelista Gamba Mora

Demandado: Nación Ministerio de Defensa Ejército Nacional y otro.

(numeral 10°), y "ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes" (numeral 11°).

El Consejo de Estado en la sentencia antes mencionada al referirse a la jerarquía de la ley enseñó:

"Asimismo, en virtud de los principios de unidad, coherencia y armonía del sistema jurídico, la jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Por lo tanto, las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular, en aras de lograr la «coherencia interna» del sistema jurídico".

De la citada jerarquía normativa de nuestro sistema legal, necesariamente se desprende la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas, de las cuales derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa. Es por tanto plausible que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, sean implementadas mediante mecanismos que las hagan efectivas; en ese sentido, la jurisdicción de lo contencioso ostenta la facultad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, de conformidad con el artículo 148 del CPACA ya citado.

Sobre la excepción de ilegalidad señaló la Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 2000:

"De la condición jerárquica del sistema jurídico, se desprende entonces la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa. Así, aunque la Constitución no contemple expresamente la llamada excepción de ilegalidad, resulta obvio que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, deben ser implementadas mediante mecanismos que las hagan efectivas, y que, en ese sentido, la posibilidad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, es decir, la excepción de legalidad, resulta acorde con la Constitución.

Así las cosas, la Corte aprecia que, en principio, una norma legal que se limitará a reiterar el orden jurídico que emana de la Constitución y a autorizar la inaplicación de las normas que irrespetaran tal orden, sería constitucional."

De otro lado, cuando se inaplica una norma por ser inconstitucional, lo que se pretende es evitar la producción de sus efectos por contrariar la Constitución Política. Dicha figura tiene soporte jurisprudencial en la Corte Constitucional, entre otras, en la Sentencia C-122 de 2011, en la que se señaló:

"La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 40 de la Constitución, que establece que "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales..." (...) De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R. N° 15001-33-33-006-2017-0211-00

Demandante: José Evangelista Gamba Mora

Demandado: Nación Ministerio de Defensa Ejército Nacional y otro.

legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, sólo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución."

Ahora bien, para efectuar dicha inaplicación, esta debe llevarse a cabo en respuesta a una solicitud del demandante o el demandado, o aún puede ser pronunciada de oficio, en el presente caso se deprecia inaplicar vía excepción de inconstitucionalidad de los Decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001, 745 de 2002, 3552 de 2003 y 4158 de 2004, porque a juicio de la parte demandante vulneran la Constitución Política, para determinar si le asiste razón a quien implora tal pretensión se hace necesario retomar el recuento normativo de la asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública:

3.2.2. El régimen especial de la Policía y de las Fuerzas Militares.

La Constitución Política de Colombia de 1991 propugna por la materialización de un Estado Social de Derecho en el cual el trabajo tiene especial preponderancia, así se desprende de varios preceptos como el preámbulo y los artículos 1, 25 y 26 de dicho texto.

En el caso bajo estudio nos encontramos frente a una relación laboral cuyo empleador es una entidad pública, y en ese sentido la Constitución establece unos parámetros generales que regulan, los cuales encontramos principalmente a partir del artículo 122 superior.

Sumado a lo anterior, el artículo 150 de la Constitución Política contempla que le corresponde al Congreso de la República expedir las leyes y por medio de ellas dictar normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno nacional para efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y los de la Fuerza Pública. Así mismo, los artículos 217 y 218 de dicho estatuto superior, indican que la Ley determinará los derechos y obligaciones, al igual que el régimen prestacional de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

A su vez, la Ley 4a de 1992 (Ley marco) en su artículo 1 determinó que el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta ley, fijaría el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, y en su artículo tercero señaló *"El sistema salarial de los servidores públicos estará integrado por los siguientes elementos: la estructura de los empleos, de conformidad con las funciones que se deban desarrollar y la escala y tipo de remuneración para cada cargo o categoría de cargos."*

Del marco jurídico expuesto surge el régimen jurídico especial de los miembros de la fuerza pública, al respecto la Corte Constitucional indicó que *"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 general o de mayor entidad, goza de una regulación propia, en virtud de ciertas características individuales que le dotan de plena singularidad."*².

² Sentencia C-432 de 6 de mayo de 2004, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R. N° 15001-33-33-006-2017-0211-00

Demandante: José Evangelista Gamba Mora

Demandado: Nación Ministerio de Defensa Ejército Nacional y otro.

De dichas disposiciones constitucionales y legales el Gobierno Nacional ha expedido anualmente los Decretos en los cuales fija la escala gradual porcentual para los miembros de la Fuerza Pública determinando el porcentaje del sueldo básico, de acuerdo al grado partiendo del grado de General y el del Ministro de Defensa según el principio de oscilación.

En ese orden, el Gobierno Nacional ha expedido, entre otros; los siguientes Decretos: 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994, 133 de 1995, 107 de 1996, 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001, 745 de 2002, 3552 de 2003, 4158 de 2004.

3.2.3. Marco Jurídico del reajuste de la asignación de retiro

Los Decretos 1211 de 1990 artículo 169³, Decreto 1212 de 1990 artículo 151⁴ y Decreto 1213 de 1990 artículo 110⁵, establecieron una forma de actualización especial para la asignación de retiro, a la cual se le denominó Principio de Oscilación, con el objeto que la asignación del personal en retiro refleje las variaciones que sufren las asignaciones del personal en actividad.

Con la Expedición de la Ley 100 de 1993, se contempló la forma como debía realizarse el reajuste de las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, señalando el artículo 14⁶ que se haría con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE en el año inmediatamente anterior. A su vez, el artículo 142⁷ de la misma ley contempló el beneficio a recibir una mesada adicional

³ ARTICULO 169. OSCILACION DE ASIGNACION DE RETIRO Y PENSION. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 de este Decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal. Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

PARAGRAFO. Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de Oficiales Generales y de Insignia, Coroneles y Capitanes de Navío, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto.

⁴ Artículo 151. OSCILACION DE ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIONES. 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 140 de este decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal. Los oficiales y suboficiales o sus beneficiarios no podrán acogerse a la norma 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 coroneles, 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 140 de este decreto.

⁵ ARTICULO 110. OSCILACION DE ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIONES. Las asignaciones de retiro y 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 un Agente y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 100 de este Estatuto; en ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal. Los Agentes o 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.

⁶ARTICULO. 14. Ley 100 de 1993- 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 dos 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 índice de precios al consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incrementa dicho salario por el gobierno.

⁷ARTICULO. 142. Ley 100 de 1993 -Mesada adicional para actuales pensionados. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, del sector público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R. N° 15001-33-33-006-2017-0211-00

Demandante: José Evangelista Gamba Mora

Demandado: Nación Ministerio de Defensa Ejército Nacional y otro.

en el mes de junio, para los pensionados cuyas asignaciones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1º) de enero de 1988.

La misma normatividad en su artículo 279⁸ dispone que el sistema integral de seguridad social allí contenido, no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, entre otros.

Sin embargo, el legislador mediante la Ley 238 de 26 de diciembre de 1995⁹ 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.

En ese orden de ideas, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995 las personas pertenecientes a los regímenes excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993, entre ellos los miembros de la Fuerza Pública, podrían acceder a estos específicos beneficios.

Finalmente, en virtud de la expedición de la Ley 923 de 2004¹⁰ reglamentada por el Decreto 4433 de 2004 se dispuso que el reajuste de la asignación de retiro del personal de la Fuerza Pública, ya no se haría de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, sino con aplicación del principio de oscilación, previsto en el artículo 42¹¹ del citado Decreto.

3.2.4. Precedente Constitucional y Judicial en relación con el reajuste de las asignaciones de retiro con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC.

Sobre la naturaleza jurídica de la Asignación de Retiro, la Corte Constitucional ha dicho que se trata de una Pensión de Jubilación, que en el régimen de la Fuerza Pública se denomina Asignación de Retiro. En Sentencia C-432 de 2004, dijo:

"...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

(30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el Decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional sólo a partir de junio de 1996.

PARAGRAFO.-Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual"

⁸ARTÍCULO. 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 la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas. (...)

⁹ARTÍCULO 1. Ley 238 de 1995. "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".

¹⁰ARTÍCULO 3 de la Ley 923 de 2004. Elementos mínimos. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos: (...) -3.13. El incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo.

¹¹ARTÍCULO 42. Decreto 2243 de 2004. "Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente Decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de 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."

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R. N° 15001-33-33-006-2017-0211-00

Demandante: José Evangelista Gamba Mora

Demandado: Nación Ministerio de Defensa Ejército Nacional y otro.

les reconoce. Se trata, como bien lo afirman los intervinientes, de establecer con denominación de "asignación de retiro", una pensión de vejez o de jubilación para los miembros de la fuerza pública...¹² (Negrilla del Despacho)

Frente a la asignación de retiro, el Consejo de Estado ha sostenido que es:

"... un derecho de carácter prestacional que surge de una relación laboral administrativa, y con la cual se pretende cubrir un riesgo o una contingencia propia de la seguridad social. Se trata entonces de una prestación social de causación o tracto sucesivo que se devenga de manera vitalicia, la cual es irrenunciable en los términos de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.¹³" (Subraya del Despacho)

De igual forma, ha señalado la Jurisprudencia que el personal retirado de la Policía Nacional o de las Fuerzas Militares, no se pensiona cuando reúnen los requisitos de edad y tiempo de servicio, como ocurre con los demás servidores públicos, si no cuando cumplen los requisitos de ley establecidos para el efecto. Estos, por ser de régimen especial, se pueden retirar al cumplir los años de servicio y cualquier edad y en tal condición perciben, no una pensión como se denomina comúnmente, sino una Asignación de Retiro, puesto que, dado su régimen especial, puede ocurrir que sean llamados a prestar nuevamente el servicio.

Sobre la forma de actualización de la asignación de retiro, ha señalado la Jurisprudencia, que el mecanismo tradicionalmente adoptado es el Principio de Oscilación¹⁴, cuyo referente es la variación de las asignaciones del personal de la Fuerza Pública en actividad. Sin embargo, a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995, los pensionados excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993 tienen derecho al reajuste de sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, en otras palabras, **las prestaciones sociales reconocidas mediante normas especiales deben ser incrementadas conforme a lo contemplado en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 si este les resulta más favorable.**

Igualmente ha señalado la Jurisprudencia, que el reajuste de las asignaciones de retiro del personal de la Fuerza Pública, con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor – IPC-, tiene un límite temporal, pues a partir de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, que reglamentó la Ley 923 de 2004, 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.

En providencia de la Sección Segunda - Subsección A, de 27 de enero de 2011, M.P. Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado interno No. 1479-09, Actor: Javier Medina Baena, se estableció que el reajuste incide directamente en la base de la respectiva prestación pensional, es decir, debe ser utilizada como base para la liquidación de las mesadas posteriores, señalando:

"...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

¹²Corte Constitucional. Sentencia C – 432 de mayo de 2004, Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

¹³ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda; de 14 de febrero de 2007; C.P. doctor: Alberto Arango Mantilla; radicado interno No. 1240-04; actor: Ferney Enrique Camacho González.

¹⁴ Contemplado en los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R. N° 15001-33-33-006-2017-0211-00

Demandante: José Evangelista Gamba Mora

Demandado: Nación Ministerio de Defensa Ejército Nacional y otro.

y a futuro de manera ininterrumpida, pues como se ha precisado en anteriores oportunidades¹⁵ las diferencias reconocidas a la base pensional sí 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 ido modificando 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.” (Negrilla fuera de texto).

En conclusión, de conformidad con la jurisprudencia y las disposiciones atrás mencionadas, la actualización de la asignación de retiro **procede desde el año de 1997 y sólo puede efectuarse hasta el día 31 de diciembre del año 2004**, manteniendo vigente este sistema de reajuste desde el año 2005 hasta la fecha, el cual no ha vuelto a ser inferior al IPC.

4. Caso concreto

El apoderado de la parte actora solicita inaplicar por inconstitucionalidad los decretos que fijan los sueldos básicos del personal oficial, suboficial, agentes y demás miembros de la fuerza pública entre el año 1997 y el 2004 y como consecuencia se disponga: **(i)** la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio **No. 20163171460191 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 27 DE OCTUBRE DEL 2016**, suscrito por la **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA –EJÉRCITO NACIONAL-**, mediante el cual se negó la reliquidación y reajuste del sueldo básico, prestaciones sociales y otros haberes del demandante con base en el índice de precios al consumidor (IPC), a partir del año 1997 y hasta la fecha de retiro; **(ii)** Así mismo, se declare la nulidad del oficio No. 211 No 0079781 consecutivo No 2016-79781 del 2 de diciembre de 2016 proferido por la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-**, a través del cual negó el reajuste de la asignación de retiro del demandante y como consecuencia se ordene el pago de los conceptos reclamados.

La **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA –EJERCITO NACIONAL-** no dio contestación a la demanda.

Por su parte, la apoderada de la parte demandada **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-** dentro del término para contestar la demanda presentó escrito a través del cual, se opuso a las pretensiones señalando que la liquidación de la asignación de retiro del demandante se realizó en debida forma y presentó diferentes medios exceptivos.

Ahora bien, dentro del expediente se encuentra acreditado lo siguiente:

-Que la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-**, a través de la Resolución No. 1347 del 4 de mayo del 2004, le concedió Asignación de Retiro al señor **JOSE EVANGELISTA GAMBA MORA**, por haber prestado sus servicios al Estado como

¹⁵Sentencia N° 25000 23 25 000 2008 00798 01 (2061-09) Actor Lucia Sánchez de Manrique. Magistrado Ponente Víctor Hernando Alvarado.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R. N° 15001-33-33-006-2017-0211-00

Demandante: José Evangelista Gamba Mora

Demandado: Nación Ministerio de Defensa Ejército Nacional y otro.

Sargento Primero del Ejército y **con efectos a partir del 5 de junio del 2004** (fls. 22 y 23, 85 a 93).

-Que en el mes de octubre de 2016 el demandante presentó petición ante la **NACION-MINISTERIO DE DEFENSA –EJERCITO NACIONAL-** reclamando entre otros conceptos el reajuste de su salario en servicio activo desde 1997 a la fecha de retiro, teniendo en cuenta el IPC, (fls. 24 a 30).

-Que la **NACION- MINISTERIO DE DEFENSA –EJERCITO NACIONAL-**, mediante oficio No. 20163171460191 MDN-CGFM-COEJC-SECEJ-JEMGF-COPER-DIPER-1.10 del 27 DE OCTUBRE DEL 2016, negó la petición formulada por el demandante de reajuste salarial y prestacional con base en el IPC (fl. 31).

-Que a través de petición del 10 de noviembre del 2016 el señor **JOSE EVANGELISTA GAMBA MORA** solicitó ante la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-** el reajuste de su asignación de retiro teniendo en cuenta el IPC, para los años comprendidos entre **1997 a 2004**, ,(fls. 27 a 30).

-Que la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-**, mediante oficio No. 211 No 0079781 consecutivo No 2016-79781 del 2 de diciembre de 2016, negó al demandante el reajuste de la asignación de retiro con base en el IPC (fl. 32).

-Que la **NACION- MINISTERIO DE DEFENSA –EJERCITO NACIONAL-** canceló a favor de la parte actora los salarios y los ajustó año a año, según se advierte con la certificación obrante a folios 33 a 36 del plenario, que al ser comparada con el IPC certificado por el DANE arroja el siguiente resultado:

AÑOS	INCREMENTO PPIO. DE OSCILACIÓN	I.P.C¹⁶.
1997	23,40 %	21,63%
1998	19,75%	17,68%
1999	14,91 %	16,70%
2000	9,23	9,23%
2001	8,00 %	8,75%
2002	4,99%	7,65%
2003	6,22 %	6,99%
2004	5,38 %	6,49%

En ese orden de ideas, se encuentra demostrado que al demandante le fue cancelado el salario en servicio activo y se incrementó atendiendo el principio de oscilación. No obstante dicho porcentaje resultó variable, y en algunos años inferior al establecido en el IPC para los años de 1997 al 2004.

Se encuentra copia de providencia de este Juzgado proferida el 24 de junio del año 2015, por medio de la cual, se aprueba conciliación extrajudicial celebrada entre el aquí demandante y la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-**, en la

¹⁶ los índices del I.P.C., fueron agregados siguiendo lo dispuesto en artículo 180 del C.G.P. el cual señala que "todos los indicadores económicos nacionales se consideraran hechos notorios"; por lo que se pudo hacer la correspondiente comparación.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R. N° 15001-33-33-006-2017-0211-00

Demandante: José Evangelista Gamba Mora

Demandado: Nación Ministerio de Defensa Ejército Nacional y otro.

cual se reliquida la asignación de retiro **teniendo en cuenta el IPC del año 2004** (fls. 94 vto. a 99).

La demandada **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-** mediante Resolución No. 177 del 27 de agosto del 2015, da cumplimiento a la conciliación aprobada por este Juzgado, reliquidando la asignación de retiro del demandante con el IPC del año 2004 y pagando el retroactivo, e incluyendo en nómina el reajuste en la base de liquidación (fls. 101 vto y 103)

Teniendo en cuenta lo anterior, el Despacho toma como punto de partida que al demandante se le reconoció la asignación de retiro con efectos fiscales a partir del año 2004, así mismo, que fue reliquidada atendiendo el IPC vigente para el año 2004.

Ahora bien, de acuerdo al marco jurídico expuesto se advierte que el incremento en los haberes teniendo en cuenta el IPC en cuanto sea más favorable, sólo aplica a las personas que adquirieron el derecho de la asignación de retiro a partir del año 1997 y hasta el 2004, pues luego de dicha fecha se ha retomado el sistema de oscilación, el cual no ha vuelto a ser inferior al IPC, por lo cual en el presente asunto no resulta factible el reconocimiento del derecho solicitado.

De otro lado, dentro de los argumentos expuestos por el apoderado de la parte actora refiere una serie de disposiciones que solicita inaplicar por inconstitucionalidad por afectar el reajuste y movilidad salarial que establece la Constitución Política, y como consecuencia se ordene el reajuste salarial y de la asignación de retiro del demandante. Argumentos, que no son compartidos por el Despacho, pues los decretos que fijaron el monto salarial de los miembros de la fuerza pública para el periodo 1997 al 2004, gozan de legalidad. Y fue sólo a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995, que se estableció el beneficio de utilizar el IPC pero únicamente para ajustar las asignaciones y pensiones excluidas de la aplicación de la Ley 100 de 1993; en otras palabras, **las pensiones o asignaciones reconocidas mediante normas especiales deben ser incrementadas conforme a lo contemplado en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 si este les resulta más favorable y nada se dijo respecto de los salarios.**

Planteamientos que están acordes con lo dispuesto sobre el tema por el **Tribunal Administrativo de Boyacá**¹⁷, que entre otras, en sentencia del 30 de noviembre del 2017, sobre la inaplicación del beneficio de incrementar el salario de los miembros activos de la fuerza pública con fundamento en el **IPC**, señaló:

*" (...)La sala halla razón al argumento expuesto por la entidad recurrente, comoquiera que el beneficio de aplicar la fórmula de liquidación del IPC se hace extensiva **únicamente al personal retirado con derecho a la asignación de retiro o sus beneficiarios** para los años 1997 a 2004 y **no así al personal en actividad**, comoquiera que el artículo 14 de la ley 100 de 1993 se refiere a pensiones y no a salarios, de suerte que no puede pretenderse la aplicación*

¹⁷ Sentencia del 30 de noviembre del 2017 del Tribunal Administrativo de Boyacá- Sala de Decisión No. 3- Rad. 15001333301320150015001 M.P Clara Elisa Cifuentes Ortiz; postura que ha sido tratada de tiempo atrás, por dicha corporación, como ocurrió en Sentencia del 30 de septiembre de 2013 el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá - Despacho No. 2 -Rad 15001-33-33-006-2012-00037-01 -M.P: Luis Ernesto Arciniegas Triana

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R. N° 15001-33-33-006-2017-0211-00

Demandante: José Evangelista Gamba Mora

Demandado: Nación Ministerio de Defensa Ejército Nacional y otro.

analógica de la norma para entender que bajo la misma fórmula es posible reajustar las asignaciones en actividad.(...)"

Por su parte el **Consejo de Estado**, de igual manera acoge la tesis expuesta, y entre otras¹⁸; en sentencia¹⁹ del 10 de mayo del 2018, en la cual fungió como magistrado ponente el Dr, **César Palomino Cortés**, se señaló la improcedencia de reconocer el reajuste de la asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública con base en el IPC, cuando se ha adquirido con posterioridad al año 2004, en los siguientes términos,

*"(...) [E]s importante destacar que de acuerdo con lo dicho por esta Sección el sistema de reajuste de las asignaciones de retiro de los miembros de la fuerza pública con base en el IPC, estuvo vigente desde 1995 y hasta el 31 de diciembre de 2004; y a partir del 1 de enero de 2005 operó nuevamente el principio de oscilación, el cual establece el reajuste de las pensiones de acuerdo con los incrementos de las asignaciones del personal activo. Se encuentra probado en el proceso que al señor Jorge Eduardo Mejía Rengifo le fue reconocida una asignación de retiro a partir del 1 de agosto de 2006 dado que prestó sus servicios al Ejército Nacional durante 22 años, 11 meses y 23 días, y fue retirado de la actividad militar por solicitud propia con baja efectiva el 31 de julio de 2006, **lo que quiere decir que para el 1 de enero de 2005, aún se encontraba como personal activo del Ejército Nacional y no había obtenido su asignación de retiro. En razón de lo anterior, y de acuerdo con la normativa y el precedente jurisprudencial reiterado por esta Sala, es claro que el señor Jorge Eduardo Mejía Rengifo no estaba cobijado por lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 238 de 1995, por lo cual, no le asiste derecho a obtener el reajuste de su asignación de retiro conforme al índice de precios al consumidor esto, debido a que entre 1995 y 2004, el actor se encontraba en servicio activo y este reajuste solo benefició a aquellos miembros de la Fuerza Pública que durante este tiempo causaron el derecho a la asignación de retiro.(...)"** (Negrilla fuera del texto).*

Sumado a lo anterior, la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo ha encontrado factible que exista diferencia en las asignaciones de retiro de miembros de la fuerza pública que ostenten el mismo grado, por circunstancias de aplicación del principio de oscilación, así lo refirió en sentencia del 8 de febrero del 2018²⁰ con ponencia del magistrado **GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**, en los siguientes términos:

"(...) Además, la Sala estima que si bien pueden existir diferencias entre las asignaciones de retiro que reciben unos y otros retirados que ostenten el mismo grado, ello tiene justificación en que la norma que gobierna la asignación de retiro de cada uno es diferente y su asignación se ha determinado por el tiempo de servicio y los haberes que cada uno percibió en actividad, sin que pueda considerarse que a causa de la existencia del sistema de oscilación deba existir identidad en la asignación

¹⁸ (...) Además, la Sala estima que si bien pueden existir diferencias entre las asignaciones de retiro que reciben unos y otros retirados que ostenten el mismo grado, ello tiene justificación en que la norma que gobierna la asignación de retiro de cada uno es diferente y su asignación se ha determinado por el tiempo de servicio y los haberes que cada uno percibió en actividad, sin que pueda considerarse que a causa de la existencia del sistema de oscilación deba existir identidad en la asignación de retiro que reciben la totalidad de retirados en el mismo grado. (...)” Sentencia del 8 de febrero del 2018 del Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Subsección A- Rad. 25000-23-42-000-2013-04797-01(3251-14) M.P Gabriel Valbuena Hernández

¹⁹ Sentencia del 10 de mayo del 2018 del Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Subsección B- Rad. 50001-23-33-000-2013-00320-01(1658-15) M.P César Palomino Cortés

²⁰ Sentencia del 8 de febrero del 2018 del Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Subsección A- Rad. 25000-23-42-000-2013-04797-01(3251-14) M.P Gabriel Valbuena Hernández

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R. N° 15001-33-33-006-2017-0211-00

Demandante: José Evangelista Gamba Mora

Demandado: Nación Ministerio de Defensa Ejército Nacional y otro.

de retiro que reciben la totalidad de retirados en el mismo grado. (...)"

De otro lado, para el Despacho en el presente asunto no es procedente dar aplicación al principio de favorabilidad, porque implica privilegiar la utilización de una norma respecto de otra, y en este caso no existe norma alternativa que resulte aplicable y que fije el salario de los miembros de la fuerza pública en el periodo 1997 a 2004 y que sea más favorable que el principio de oscilación. Por lo cual, ordenar la reliquidación de los salarios que devengó el demandante en servicio activo desde **el año de 1997 y hasta el 5 de junio de 2014** (fecha de retiro), teniendo como factor de incremento anual el IPC del año anterior, cuando este sea mayor al factor utilizado para la liquidación que se hiciera del salario en cada año en que prestó sus servicios, **resulta inadmisibile**, pues las normas deben aplicarse en su integralidad, y en ese sentido advierte el Despacho que en varias anualidades el incremento salarial realizado al demandante con fundamento en el principio de oscilación fue superior al que habría correspondido de aplicar el IPC (fl. 33 y 109), en ese sentido, de accederse a la petición de la parte actora implicaría realizar una escisión normativa, lo cual se encuentra prohibido ya que las normas deben aplicarse de forma integral, salvo algunas excepciones, dentro de las cuales no se encuentra el presente asunto.

Igualmente resulta improcedente hacer uso de la figura de la excepción de inconstitucionalidad o ilegalidad²¹, la cual encuentra fundamento en el artículo 4ª de la Constitución Política, y cuyo control²² por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso los particulares, en un caso concreto ya sea a solicitud de parte o ex officio por ser contraria a la Constitución²³. Pues inaplicar los decretos que fijan los sueldos del personal oficial, suboficial, agentes y demás miembros de la fuerza pública entre los años 1997 y 2004, conllevaría a una inseguridad jurídica, teniendo en cuenta que en algunas anualidades el incremento salarial de los miembros de la fuerza pública se realizó con fundamento en el principio de oscilación y fue superior al del IPC, y en otras anualidades inferior y se tendría que aplicar tanto lo favorable como lo desfavorable. Así mismo, implicaría que el suscrito Juez invadiera órbitas que por disposición constitucional están atribuidas al Congreso de la República y al Presidente de la República mediante delegación, como ocurre con la regulación salarial de los empleados públicos como lo dispone el artículo 150 numeral 19 literal e²⁴, lo cual, no resulta procedente en este medio de control. Concluyéndose en este punto que no se dan los presupuestos para dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad, pues lo debatido en este asunto se encuentra dentro del margen de la libertad configurativa del legislador y goza de legalidad.

Ahora en relación con las sentencias de nulidad y restablecimiento del derecho en las cuales se ha condenado a las entidades aquí demandadas a reajustar la asignación de retiro frente algunos miembros de la fuerza pública con base en el IPC y de las cuales hace referencia

²¹ Artículo 148 del C.P.A.C.A. y la Sentencia C-037 de 2000.

²² El control de constitucionalidad en Colombia sea califica como un sistema mixto; mantiene un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución.

²³ Sentencia C-122 de 2011

²⁴ "(...) (...) e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública; (...) (...)")

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R. N° 15001-33-33-006-2017-0211-00

Demandante: José Evangelista Gamba Mora

Demandado: Nación Ministerio de Defensa Ejército Nacional y otro.

el demandante, se advierte que en varias de ellas se reconoce el derecho cuando el beneficiario adquirió el status pensional en el interregno de 1997 al 2004. Así mismo, se precisa que tienen efectos *inter partes*, por lo cual sólo favorecen a la parte actora y no tienen la capacidad de cambiar la escala gradual porcentual ni los incrementos anuales de la Fuerza Pública por ser facultad es exclusiva del legislador como se ha indicado, por lo cual, resultan inaplicables sus fundamentos en este asunto. En este punto, resulta pertinente señalar que al demandante ya se le reajustó la asignación de retiro, teniendo en cuenta que este Juzgado el 24 de junio del año 2015, aprobó conciliación extrajudicial celebrada entre el aquí demandante y la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-**, en la cual se reliquida la asignación de retiro **teniendo en cuenta el IPC del año 2004** (fls. 94 vto. a 99), pues en dicha anualidad adquirió el status y era el único año en que procedía la reliquidación de su asignación, de acuerdo al marco jurídico expuesto en esta providencia.

Finalmente, y abundando en razones para negar las pretensiones de la demanda, **adicional a la postura adoptada por el Despacho** según la cual, no es factible aplicar el incremento del IPC, a los salarios devengados por los miembros de la fuerza pública en el periodo de 1997 a 2004, pues dicho beneficio sólo aplica a pensionados o quienes adquirieron la asignación de retiro en dichos años, y cuando resulta superior el incremento originado en el principio de oscilación, **existe la postura jurídica de la prescripción de la acción**, en la cual no se profundizará en este trámite, sin embargo se trae a colación pues bajo dicha perspectiva también hay lugar a negar las pretensiones invocadas en la demanda, habida cuenta que el derecho de acción del demandante se encontraría prescrito, al haber transcurrido un término superior a los cuatro años de que trata el artículo 174 del Decreto 2111 de 1990, para exigir el derecho invocado, teniendo en cuenta que el reajuste salarial reclamado corresponde al periodo comprendido entre 1997 y el 2004 y sólo hasta el mes de octubre del año 2016 se presentó reclamación ante el **EJERCITO NACIONAL** tendiente a obtener su reconocimiento (fls.24 y 31), superando de forma amplia el término cuatrienal con que contaba para reclamar el derecho, tesis expuesta por el Tribunal Administrativo de Boyacá en Sentencia del 17 de agosto del 2018²⁵, en los siguientes términos:

"(...)De lo anterior puede la Sala afirmar que los valores que por concepto de reajuste de la asignación básica o sueldo básico conforme el IPC, solicitados por el señor José del Carmen Ávila Galindo para los años 1997 a 2001 se encuentran prescritos, toda vez que solo fue hasta el 28 de octubre de 2015 que el demandante solicitó el aludido reajuste, siendo que tal reclamo se hizo exigible el 30 de septiembre de 2001, fecha a partir de la cual contaba con el término previsto en el artículo 174 del decreto 2111 de 1990 para su reclamo. En efecto, la aludida norma dispone al respecto lo siguiente:

"ARTICULO 174. PRESCRIPCION. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

²⁵ Sentencia del 17 de agosto del 2018, del Tribunal Administrativo de Boyacá - Sala de Decisión No. 6 – Dte. José Del Carmen Ávila Galindo y Ddo. Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional- Rad. No. 15001333300320160011101. M.P. Félix Alberto Rodríguez Riveros.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R. N° 15001-33-33-006-2017-0211-00

Demandante: José Evangelista Gamba Mora

Demandado: Nación Ministerio de Defensa Ejército Nacional y otro.

El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. (...)"

(...) (...)

" (...) Así, puede afirmarse sin lugar a ambages que el derecho de acción del demandante se encuentra prescrito, pues las acciones legales que pretendieran el aludido reajuste salarial debieron haberse iniciado a partir de que se hicieron exigibles, esto es, desde la fecha de retiro del servicio del demandante y no, más de 14 años después como ocurrió.

(...) (...)

En suma deberá revocarse la sentencia recurrida, y en su lugar, se declarará probada de oficio la excepción de prescripción del derecho de acción del demandante. (...)"

Por lo expuesto, este Despacho no encuentra demostrada ninguna de las causales de nulidad en los actos administrativos demandados invocadas por la parte demandante, de forma que deberán negarse las pretensiones de la demanda, pues los actos acusados se ajustan a las previsiones legales y constitucionales, manteniendo incólume su presunción de legalidad.

Así mismo, se advierte que frente a las excepciones propuestas por la parte demandada, las de *cosa juzgada* y de *falta de legitimación en la causa por pasiva en su enfoque formal o de hecho*, fueron resueltas como previas en la audiencia inicial adelantada el 12 de octubre del 2018 (fl. 176), y las demás presentadas de acuerdo a las motivaciones realizadas en precedencia y las resultas del proceso resulta impertinente realizar pronunciamiento adicional alguno.

En ese orden de ideas, las pretensiones de la demanda rebasan las competencias de esta instancia y el medio de control, como quiera que los Decretos por los cuales el Gobierno Nacional, fija los incrementos de los sueldos básicos del personal en actividad de las fuerzas militares, y producen plenos efectos jurídicos y no se encuentra desvirtuada su legalidad, por lo cual resulta pertinente su negación.

10. Costas y agencias en derecho.

Finalmente respecto de la condena en costas, cabe recordar que el artículo 188 del CPACA establece que en todos los procesos, a excepción de las acciones públicas, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

En ese sentido, en consideración a las reglas establecidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Segunda,– Subsección "A" C.P: William Hernández Gómez. Fecha siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01 No. Interno 1291-2014.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja

N y R. N° 15001-33-33-006-2017-0211-00

Demandante: José Evangelista Gamba Mora

Demandado: Nación Ministerio de Defensa Ejército Nacional y otro.

El Despacho condenará en costas y agencias en derecho a la parte vencida. Las costas serán liquidadas por Secretaría y para el efecto debe seguirse el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.

Como agencias en derecho en favor de las entidades demandadas se establece la suma de **\$413.957** que corresponde al 4% de la estimación de la cuantía indicada en la demanda (**\$10.348.947**), de conformidad con el numeral 3.1.2 del Acuerdo PSAA 16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

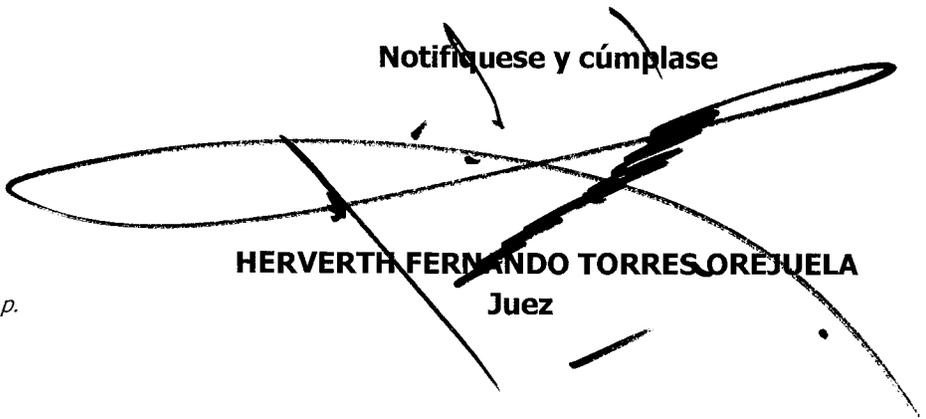
En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero.- Negar las pretensiones de la demanda instaurada por el señor **JOSE EVANGELISTA GAMBA MORA** en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL-** y la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Condenar en costas a la parte demandante. Líquidense por Secretaría y para el efecto debe seguir el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P. Se fijan como agencias en derecho en favor de las entidades demandadas la suma de **CUATROCIENTOS TRECE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL PESOS M/CTE (\$413.957)** y a cargo de la vencida.

Tercero.- En firme esta providencia, archívese el expediente y déjese las anotaciones en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI Web". Si existe excedente de gastos procesales devuélvase al interesado.

Notifíquese y cúmplase

HERVERTH FERNANDO TORRES OREJUELA
Juez

p.a.p.