

49-228-20

13-001-33-33-005-2013-00452-01

Cartagena de Indias D. T. y C., Treinta (30) de abril de dos mil diecinueve (2019)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

| | |
|---------------------------|---|
| Medio de control | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Radicado | 13-001-33-33-005-2013-00452-01 |
| Demandante | LUIS ALEJANDRO PALACIO PAEZ |
| Demandado | CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL |
| Tema | COSA JUZGADA |
| Magistrado Ponente | LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ |

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia de fecha diecisiete (17) de marzo de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se declaró cosa juzgada en el proceso de la referencia.

III.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

“PRIMERA: QUE SE DECLARE LA NULIDAD del acto administrativo CREMIL 50085- consecutivo N| 2013-44116 del 15 de agosto de 2013, proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares- Subdirección de Prestaciones Sociales, mediante el cual negó al actor el reajuste de la Asignación de Retiro, con base en la fórmula del artículo 14 de la ley 100 de 1993, esto es aplicando el Índice de Precios al Consumidos certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior a las mesadas devengadas a partir de del 1997 y los año 1999, 2001, 2002, 2003, 2004, por ser violatorio y contradictorio de la Constitución Nacional (artículos 13, 48, y 53) y de las leyes 238 de 1995 (artículo 1 |), 100 de 1993 (artículo 14), 923 de 2004 (artículo 2º numeral 2.4)

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se CONDENE a la CAJA DE RETIRO DE LAS





13-001-33-33-005-2013-00452-01

FUERZAS MILITARES, reajustar la asignación de retiro del actor, con base en el Índice de Precios al Consumidos, como lo dispone el artículo 14 de la ley 100 de 1993, adicionando los porcentajes correspondientes a la diferencia existente entre el aumento efectuado por el Gobierno Nacional por el principio de oscilación y la variación porcentual del (I.P.C) del año inmediatamente anterior; en 1997, 1999, 2001, 2002, 2003, 2004, lo cual da un total de 9.48%, cambiando la base de liquidación, lo cual deberá afectar el sueldo básico que conforma la prestación social, a partir del año 1997 y subsiguientes con la inclusión en la nómina.

TERCERA: *Para que el derecho sea restablecido, el reajuste y la liquidación de la asignación mensual de retiro del actor, debe afectarse y reflejarse año por año, conforme al siguiente procedimiento: Se toma el Sueldo Básico por oscilación del año anterior y se incrementa sucesivamente aplicando el porcentaje más favorable entre la oscilación y el Índice de precios del consumidos IPC por cada vigencia fiscal, generando así un nuevo sueldo básico para cada año:*

Con los nuevos sueldos básicos; aplicando las partidas computables reconocidas, se halla una nueva asignación de retiro que comparada con la asignación de retiro por oscilación para cada vigencia se determina una diferencia, sobre la cual se aplican los descuentos de ley y se indexa mes a mes.

CUARTA: *Condenar a la demandada al pago de las sumas dejadas de percibir por el señor SJ® LUIS ALEJANDRO PALACIO PAEZ, como consecuencia de la variación de la base de liquidación de su asignación de retiro desde el año 2005 hasta la fecha del cumplimiento del fallo.*

QUINTA: *ORDENAR a la demandada a pagar las sumas indexadas que resulten por concepto del reajuste en los términos de los artículo 1925 a 195 de la Ley 1437 de 2011 desde el momento en que el derecho se hizo exigible hasta que se haga efectivo su pago, a fin de preservar el poder adquisitivo de estos valores, con la inclusión en la nómina.*

SEXTA: *ORDENAR a la demandada dar cumplimiento al fallo objeto del presente proceso, dentro de los términos previstos en los artículo 192 a 195 del C.P.A.C.A.*

13-001-33-33-005-2013-00452-01

SEPTIMA: *SOLICITO reconocerme personería jurídica, como apoderado del actor en el presente proceso."*

1.2. HECHOS

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

- Al señor SJ® LUIS ALEJANDRO PALACIO PAEZ, le fue reconocida por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, la Asignación de Retiro mediante la Resolución N° 446 a partir del 03 de marzo de 1989, quien le venía aplicando anualmente el reajuste salarial a la mesada pensional de conformidad con el principio de oscilación que contempla el ART. 169 del Decreto Ley 1211 de 1990, desconociendo que para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003, 2004, el IPC estuvo por encima de dicho principio, contraviniendo lo preceptuado en el artículo 1° de la ley 238 de 1995, así como el ART. 14 y el Parágrafo 4° del ART 279 de la ley 100 de 1993.
- La Caja de Retiro de las Fuerzas Miliars, al reajustarle la asignación de retiro en un porcentaje inferior para los años antes mencionados, afecta sustancialmente la base prestacional resultando una diferencia de 9.48% la cual menciona el accionante no ha sido cancelada y ni tenida en esta cuenta para el reajuste de dicha prestación.
- Que en el año 2010, el señor SJ® LUIS ALEJANDRO PALACIO PAEZ, instauró demanda ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa con el fin de que le fuera reajustada su asignación de retiro con base en el Índice de Precios al Consumidor (IPC). Donde el juzgado 7 administrativo mediante sentencia de fecha catorce (14) de octubre de 2010, procedió a declarar la nulidad del acto contenido en el oficio CREMIL 40237 del 27 de noviembre de 2008 y a título de restablecimiento del derecho condenó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a realizar la revisión de la asignación de retiro solo hasta por el periodo comprendido entre el 05 de noviembre de 2004 y el 31 de diciembre de 2004. De igual forma se ordenó declarar prescrito el derecho de las diferencias de los reajustes causados con anterioridad al 05 de noviembre de 2004.



13-001-33-33-005-2013-00452-01

- Aduce que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en cumplimiento aparente del fallo, mediante Resolución N° 3483 del 19 de julio de 2011, ordena pagarle la suma de Treinta y Cinco Mil Ciento Dieciocho Pesos M/Cte (\$35.118.00) al señor Palacio Páez; sin embargo, no analizo de fondo la citada sentencia negándole el derecho mediante el acto administrativo que se demanda.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Considera vulneradas las siguientes:

- Constitución Política: artículos 2, 6, 13, 23, 25, 48, 53, 58, 90 y 229.
- Código de Procedimiento Civil: Art. 23 numeral 1, 18 y 20, 115, 116, 117 y 175.
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011.
- Ley 1564 de 2012.
- Ley 100 de 1993, Art. 14 y 279 parágrafo 4°
- Ley 238 de 1995.

En síntesis, señala la parte demandante que el acto administrativo demandado es contrario a los fines esenciales del estado establecidos en la Constitución Nacional para proteger a todas las personas residentes en Colombia; y que vulnera el derecho a la seguridad social y el derecho al trabajo, derechos que gozan de la protección del Estado y que deben prestarse con sujeción a los principios de eficacia y universalidad.

Aduce que se por ser una persona de la tercera edad se encuentra en una posición de debilidad e indefensión, por lo que se encuentra limitada su capacidad laboral para obtener ingresos económicos que le permitan disfrutar de una vida digna, de tal manera que considera que es procedente efectuar la solicitud ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a efectos de que sea revisado los incrementos de su asignación de retiro y se verifique cual es el mayor porcentaje de cada año para su reajuste, esto a partir de 1997, conforme al Índice de Precios al Consumidos IPC, que aplica para los reajuste pensionales con fundamento en el artículo 14 de la Ley 10 de 1993, de tal manera q ese palique en cada año el porcentaje de mayor valor en orden a realizar el incremento.



13-001-33-33-005-2013-00452-01

2. LA SENTENCIA APELADA (fs. 207-215)

Mediante sentencia de fecha 17 de marzo de 2015, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena resolvió declarar la existencia de la cosa juzgada en la demanda, al considerar que de las pruebas recaudadas en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de radicado 13001-33-31-007-2010-002500 en la que se demandó la nulidad del acto administrativo CREMIL 40237 del 27 de noviembre de 2008, fue presentada por el señor LUIS ALEJANDRO PALACIO PAEZ contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, que en la referida demanda las pretensiones se orientaron al reajuste de la asignación de retiro del señor Luis Palacio dando aplicación al Índice de Precios al Consumidos, con fundamento en la Ley 100 de 1993, asimismo se dictó sentencia de fecha 14 de octubre de 2010, la cual no hay prueba de que haya sido recurrida por la parte demandante.

A juicio del A quo, si bien el actor demandó otro acto administrativo el Oficio CREMIL N° 50085 del 15 de agosto de 2013, los fundamentos facticos de las dos demandas son los mismos, por lo que concluye que se encuentran los requisitos para declarar la existencia de la cosa juzgada.

3. RECURSO DE APELACIÓN (fs. 218-223)

La parte actora presenta escrito de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando que sea revocada la misma, aduciendo que le asiste derecho a que le sea reajustada su asignación de retiro con la inclusión de la sumatoria del porcentaje del IPC en los años que este fue más favorable durante los el periodo 1997 a 2004 y que corresponde al 9.48%, porcentaje que afecta de manera sustancial desde año 2005 en adelante lavase de liquidación y que en la actualidad no se ve reflejado.

Por otro lado manifiesta que el acto acusado CREMIL 50085- CONSECUTIVO 2013-44116 del 15 de agosto de 2013 fue una nueva petición distinta a la que fue demandada, por lo que no se cumple el requisito de identidad de objeto.

4. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia de fecha 06 de mayo de 2016, se admitió el recurso de apelación interpuesto (f. 9 Cuaderno de 2da instancia), y finalmente, a través de auto de fecha 12 de agosto de 2016 (f. 8 Cuaderno de 2da





13-001-33-33-005-2013-00452-01

instancia) se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto.

5. ALEGACIONES

5.1. De la parte demandante (fs. 14-17)

La parte demandante reiteró lo señalado en el escrito de apelación.

5.2. De la parte demandada

La parte demandada no presentó alegatos de conclusión.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto dentro del presente asunto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

V.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.

2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema Jurídico en el presente caso consiste en determinar en primer lugar si están dados los supuestos fácticos y jurídicos para que se configure el fenómeno jurídico de la Cosa Juzgada.



13-001-33-33-005-2013-00452-01

En caso de ser negativa la respuesta, se deberá determinar si la parte demandante tiene derecho a la reliquidación y el correspondiente reajuste de su asignación de retiro de conformidad con el IPC fundamentada en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, en los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

En caso de ser negativa la positiva, se confirmará la decisión de primera instancia; en caso contrario se revocará.

3. TESIS

Esta Sala de Decisión modificará el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia apelada, en consideración a que se configura la excepción de cosa juzgada, respecto del reajuste con base en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) para los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, excepto la pretensión relativa al reajuste del año 1997.

Por otro lado, se negará la pretensión relativa al incremento toda vez que no se acreditó el supuesto incremento inferior al que correspondería aplicando el IPC.

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

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1 Cosa Juzgada

El artículo 303 del Código General del Proceso, en cuanto a los efectos y ejecutoria de las providencias y de manera específica respecto a la Cosa Juzgada, señala:

*"Artículo 303.- Cosa Juzgada: La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso **verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior, y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.** (...)"* (Negrillas y Cursiva fuera del texto)

En el mismo sentido, en materia Contenciosa, el artículo 189 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone:

*"Artículo 189.- Efectos de la sentencia: La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes. **La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la***



13-001-33-33-005-2013-00452-01

causa petendi juzgada. *Las que declaren la legalidad de las medidas que se revisen en ejercicio del control inmediato de legalidad producirán efectos erga omnes solo en relación con las normas jurídicas superiores frente a las cuales se haga el examen.*" (Negritas y Cursiva fuera del texto).

La institución de la Cosa Juzgada, derivada del principio de seguridad jurídica, se cimienta en la necesidad de que las controversias llevadas ante los jueces sean resueltas con carácter definitivo y que, por ende, las decisiones judiciales cumplan una función de pacificación de los conflictos¹; a partir de ella, las personas pueden ordenar sus expectativas de vida, en el entendido que los asuntos resueltos en una sentencia lo serán con carácter definitivo y concluyente, como atribución de un bien jurídico que le es debido a quien triunfa en el proceso.

Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia han llegado a distinguir dos clases de cosa juzgada, denominadas cosa juzgada formal y cosa juzgada material o sustancial, en este sentido el H. Consejo de Estado en providencia del año 2012², precisó:

"En cuanto al fenómeno de la cosa juzgada, cabe advertir que se le ha asimilado al principio del <<non bis in ídem>> y tiene por objeto que los hechos y conductas que han sido resueltas a través de cualquiera de los medios aceptados por la ley, no vuelvan a ser debatidos en otro juicio posterior. Tal cualidad de lo resuelto obliga a las partes por cuanto lo decidido tiene carácter vinculante y obligatorio y, por lo tanto, goza de plena eficacia jurídica, por ello la cosa juzgada comprende todo lo que se ha disputado.

*La cosa juzgada es una consecuencia jurídica que se le atribuye a la sentencia o decisión del juez, fruto de un procedimiento calificado, denominado proceso de declaración de certeza. Consecuencia de la misma, se pueden predicar efectos procesales y sustanciales que tienden a garantizar un mínimo de seguridad jurídica entre los asociados. **Es importante tener presente la distinción entre cosa juzgada en sentido material y cosa juzgada en sentido formal, para precisar sus efectos respecto de un proceso judicial.***

*Desde un punto de vista genérico, la cosa juzgada está regulada en los artículos 332 del C. de P. C., y 175 del C. C. A., los cuales recogen los elementos formales y materiales para su configuración. **El formal implica que no es posible volver sobre una decisión adoptada en providencia que hubiere quedado ejecutoriada dentro del mismo proceso o en otro en el cual las mismas partes debatan la misma causa petendi y los***

¹ La manera de ejemplo están las Sentencias C-548 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz y C-975 de 2005, M.P. Jaime Gaviria Trujillo.

² Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 15 de julio de 2012. Radicación número: 51001-23-31-001-2001-00587-01[20079], C.P. MAURICIO LAJARTE GOMEZ.





~~232~~
24

13-001-33-33-005-2013-00452-01

misimos fundamentos jurídicos, lo anterior para garantizar la estabilidad y la seguridad, propias de la esencia del orden jurídico.

Por su parte, el concepto de cosa juzgada material hace alusión a la intangibilidad de la sentencia o su equivalente en firme, pues se tiene por cierto que la actividad jurisdiccional se ocupó plenamente de la relación, objeto y causa, debatida en la contienda y que ésta fue decidida con la plenitud de las formas propias del juicio.”³
(Negritas y Cursiva fuera del texto).

En tal sentido, como ha dicho la doctrina, la cosa juzgada no mira tanto el proceso en que se dicta la sentencia, como los futuros que puedan intentarse, pues evita decisiones contradictorias sobre situaciones jurídicas ya definidas, así como desgastes innecesarios de la jurisdicción del Estado⁴.

Por otro lado, para que se configure la cosa juzgada, deben cumplirse, de manera concurrente los siguientes requisitos⁵:

i).- **Identidad de partes**, se refiere a que, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculados y obligados por la decisión que constituye cosa juzgada.

ii).- **Identidad de causa petendi**, es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento.

iii).- **Identidad de objeto**, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.

4.2. Procedencia del Reajuste de Asignaciones de Retiro de los Miembros de las Fuerzas Militares conforme al IPC.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 28 de enero del 2009, expediente No. 34.239 y Sentencia del 8 de junio de 2011, expediente 18.676, entre otros.

⁴ MORALES, Molina Hemando. Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General, Octava Edición, Bogotá, 1983, p. 507.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 28 de febrero de 2013, Radicación Número: 11001-03-25-000-2007-00116-00(2229-07), Consejero Ponente: Dr. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN.





13-001-33-33-005-2013-00452-01

La Sala tendrá en cuenta que en reiterada jurisprudencia de este Tribunal y del H. Consejo de Estado se ha venido afirmando que el sistema de oscilación para el reajuste de las pensiones y asignaciones de retiro del personal de la fuerza pública, en algunos casos, fue inferior al índice de precios al consumidor lo que condujo a la pérdida del poder adquisitivo de las mismas, razón por la cual, con fundamento en el principio de FAVORABILIDAD se consideró procedente la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993⁶, pues a pesar de que en su artículo 279 ibídem se excluye de su aplicación a este personal, la Ley 238 de 1995 que adiciona el artículo 279 de la misma disposición normativa, elimina dicha exclusión.

Al respecto, en sentencia de fecha 9 de junio de 2011, el H. Consejo de Estado con ponencia de la Consejera BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PAEZ precisó que se debe dar aplicación al principio de favorabilidad en el reajuste de las asignaciones de retiro, con base en el IPC previsto en el artículo 14 de la ley 100 de 1993 y no al principio de oscilación del régimen especial. Apoyó su decisión en sentencia de esa misma corporación con ponencia del Consejero JAIME MORENO GARCÍA de fecha 17 de mayo de 2007, en la que resaltó en lo relevante:

".. 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 1992, 2724 de 2000 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..."

(...) 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, para que la sala no la hay, por lo dicho anteriormente"...

En conclusión, es procedente reajustar la asignación de retiro de los miembros de la Fuerzas Militares conforme al IPC frente al principio de favorabilidad, reajuste que encuentra un límite temporal hasta el año 2004, debido a que

⁶ **Artículo 14: 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, mantenga su poder adquisitivo constante, se reajustaran anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual de índice de Precio 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 incremente dicho salario por el Gobierno".



13-001-33-33-005-2013-00452-01

con la expedición de la Ley 923 de 2004, reglamentada por el artículo 42 del Decreto 4433 del mismo año, se volvió a establecer el régimen de oscilación como sistema de reajuste de las asignaciones de retiro.

Con todo, es de precisar que si bien la aplicación del I.P.C. está prevista legalmente hasta la anualidad de 2004, no obsta ello para que con fundamento en la misma, el monto de la prestación se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro en forma ininterrumpida, pues las diferencias reconocidas a la base pensional deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores. Así lo precisó la Sección Segunda, Subsección A, de 27 de enero de 2011, MP. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, radicado interno N 1479 -09, actor JAVIER MEDINA BAENA, en la que estableció:

"Entonces, 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 sí deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores".

La Sala, también tendrá en cuenta el pronunciamiento del H. Consejo de Estado, por intermedio de la Subsección "B" de la Sección Segunda, en sentencia de agosto 21 de 2008, C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. Int. 0663-08, al resolver un caso concreto de reclamación de corrección del reajuste pensional (de la asignación de retiro) para aplicar el IPC conforme al art. 14 de la Ley 100 /93,⁸ aclarando que esa forma de liquidación resulta aplicable a partir de 1995 y hasta el 2004. Sostuvo en lo relevante:

"El ajuste de pensiones y asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública debe hacerse conforme al I.P.C. de que trata el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, por remisión expresa que hiciera el propio Legislador en la Ley 238 de 1995. A lo anterior se agrega, que además de la aplicación del ajuste del I.P.C. por remisión expresa del Legislador, la Sala también llegó a tal conclusión en razón del principio constitucional de favorabilidad que, por lo general, gobierna a los regímenes especiales, como es el caso de los miembros de la Fuerza Pública.

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

⁷ Sentencia N 25000 23 25 000 2008 00798 01 (2061-09) Actor Lucía Sánchez de Manrique, Magistrado Ponente Víctor Hernando Alvarado.

⁸ La aplicación del IPC en los reajustes de asignaciones de retiro también se admitió en la Sentencia de mayo 17 de 2007, exp. 8464-05, de la Subsección A de la Sección 2ª del Consejo de Estado, C. P. Jaime Moreno García.





13-001-33-33-005-2013-00452-01

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

En decisión más reciente, contenida en sentencia de tutela de fecha 23 de febrero de 2012⁹, el H. Consejo de Estado fue enfático en el criterio jurisprudencial reiterado que deben respetar las autoridades judiciales sobre la aplicación de la Ley 238 de 1995 cuando resulte más favorable la aplicación del IPC que el principio de oscilación para incrementar las asignaciones de retiro; así como el límite de la aplicación del IPC y la prescripción de mesadas.

En conclusión, resulta procedente incrementar la base de liquidación de la mesada pensional con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor hasta el 31 de diciembre de 2004, resultando claro que por ese hecho el monto se va incrementando de manera cíclica y a futuro de manera ininterrumpida, pues las diferencias reconocidas a la base pensional sí deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores.

5. CASO CONCRETO

5.1. Hechos probados

Del expediente administrativo laboral allegado con la contestación de la demanda y de las demás pruebas allegadas al proceso, se tienen como hechos probados los siguientes:

- De acuerdo con la Hoja de Servicios No. 029-ARC del 27 de enero de 1989, el Suboficial Jefe LUIS ALEJANDRO PALACIO PAEZ se retiró del servicio por solicitud propia (Resolución N°446 de 3 de marzo de 1989 f. 25), con un tiempo de servicio de veintitrés (23) años, dos (02) días y, vinculado a la Armada Nacional (f.25).
- Mediante oficio CERTIFICADO CREMIL 50085 del 15 de agosto de 2013, La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares dio respuesta a derecho de petición presentado por el señor CAMILO TORRES ARDILA en

⁹ Actor JUAN ALFONSO FIERRO MANRIQUE, contra el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión N. 3 y el Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena, C.P VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.





13-001-33-33-005-2013-00452-01

representación del señor LUIS ALEJANDRO PALACIOS PAEZ el 14 de junio de 2013 (f. 22).

- Mediante Oficio CERTIFICADO CREMIL 50085 La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares certificó la liquidación de la asignación de retiro del señor Luis Alejandro Palacios Páez (Fs. 28-29)
- Obra en el expediente sentencia de fecha 14 de octubre de 2010 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena de radicado 13 001 33 31 007 2010 0025 00 en el cual figura como demandante el señor Luis Alejandro Palacio Paez y como demanda la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. (f. 178-191)

5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial expuesto

El señor LUIS ALEJANDRO PALACIO PAEZ, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL, con el objeto de que se declare la nulidad de la Resolución CREMIL 50085 CONSECUTIVO N° 2013-44116 del 15 de agosto de 2013, proferida por CREMIL, mediante la cual, se negó al actor el reajuste y reliquidación de su asignación de retiro con base en el Índice de Precios al Consumidor (I.P.C.), para el período comprendido entre 1997 y el 18 de octubre de 2004.

En sentencia de fecha 17 de marzo de 2015, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, DECIDIÓ DECLARAR PROBADA DE OFICIO, LA EXCEPCIÓN PREVIA DE COSA JUZGADA, de conformidad con las pruebas allegadas se comprobó que el señor Luis Alejandro Palacio Páez presentó, en pretérita oportunidad, una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de reclamar sus derechos respecto al incremento del IPC en su asignación de retiro, demanda que fue fallada por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena el 14 de octubre de 2010, por medio de la cual se declaró la nulidad del acto administrativo demandado y en consecuencia se ordenó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a revisar la reliquidación de la asignación del demandante para el periodo comprendido entre 05 de noviembre de 2004 y el 31 de diciembre de 2004.(f. 178-191)



13-001-33-33-005-2013-00452-01

En consecuencia de lo anterior, la parte accionante, interpuso recurso de apelación, dentro del presente asunto, contra la decisión del juez de primera instancia de declarar probada de oficio, la excepción de cosa juzgada.

El actor sustentó el recurso bajo el argumento de que lo que se pretende en este nuevo proceso radicado bajo el N° 13-001-33-33-005-2013-00452-01, es diferente a lo pretendido en el proceso anterior radicado bajo el N° 13-001-33-31-007-2010-0025-00, teniendo en cuenta que, si bien los dos procesos tienen el fin común de obtener la reliquidación de la asignación de retiro del señor Luis Alejandro Palacio Páez con base en el IPC para los años en que este fue mayor del incremento ordenado en los decretos dictados por el Gobierno Nacional, en la sentencia del 14 de octubre de 2010, por medio de la cual se resolvió el proceso N° 13-001-33-31-007-2010-0025-00, se ordenó únicamente la revisión de la reliquidación de las asignaciones de retiro percibidas entre 05 de noviembre de 2004 y el 31 de diciembre de 2004.

Para resolver la presente controversia, la Sala analizará si en el sub judice se cumple con cada uno de los requisitos para que se configure la **cosa juzgada**.

| | Proceso Anterior Rad:13-001-33-31-008-2008-00232-00 | Proceso Actual Rad: 13-001-33-33-011-2014-00169-01 |
|---------|--|--|
| Partes | Demandante: LUIS ALEJANDRO PALACIO PAEZ Demandado: CREMIL | Demandante: LUIS ALEJANDRO PALACIO PAEZ Demandado: CREMIL |
| Objeto: | l) Obtener la nulidad de la Resolución N° 40237 de fecha 27 de noviembre de 2008, proferida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL), mediante la cual, se negó el reajuste de la asignación de retiro, para los años en los que el IPC fue inferior al efectuado por el Gobierno Nacional (1999, 2001, 2001, 2003 y 2004) en los términos, formas y cuantías determinada en el parágrafo 4 del artículo 279, en concordancia con el artículo 10 de la ley 100 de 1993. | l) Obtener la nulidad de acto administrativo CREMIL 50086-consecutivo No. 44116 del 15 de agosto de 2013 proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante la cual se negó al actor el reajuste de la asignación de retiro, con base en la fórmula del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, esto es aplicando el Índice de Precios al Consumidos para el año anterior a las mesadas devengadas a partir de 1997 y los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004. |



235.
27



13-001-33-33-005-2013-00452-01

| | | |
|----------------|---|--|
| Causa Petendi: | <p>I) Manifiesta el accionante que actualmente disfruta de una asignación de retiro, con cargo a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.</p> <p>II) Señala el actor que elevó petición ante la CREMIL, solicitando que se le reconociera y pagara el reajuste de su asignación de retiro con base en el IPC, para los años en que el IPC fue mayor del incremento ordenado en los Decretos dictados por el Gobierno Nacional.</p> | <p>I) Aduce el accionante, que actualmente percibe una asignación de retiro desde el momento de su retiro de la Armada Nacional.</p> <p>II) Arguye el actor, que a través escrito de petición de fecha 14 de junio de 2013, solicitó a CREMIL, que se le reajustara su asignación de retiro con base en el IPC, para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004; teniendo en cuenta que la sentencia por la cual se resolvió el proceso anterior, solo ordenó la revisión de la asignación de retiro por el periodo comprendido entre el 5 de noviembre de 2004, y el 31 de diciembre de 2004.</p> |
|----------------|---|--|

Del análisis realizado anteriormente, considera la Sala que en el sub lite si se configura la cosa juzgada, a excepción del año 1997, por los argumentos que se exponen a continuación.

En primer lugar si existe **identidad de partes**; debido a que en ambos procesos fungió como actor el señor LUIS ALEJANDRO PALACIO PAEZ, quien presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la misma entidad demandada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL.

En segundo lugar, respecto a la **identidad de objeto**; la Sala considera necesario precisar que por un lado, en el anterior proceso el actor pretendía obtener la nulidad de la **Resolución N° 40237 de fecha 27 de noviembre de 2008**, proferida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (CREMIL), mediante la cual, se negó el reajuste de la asignación de retiro con base en el IPC, y solicitó la reliquidación de la asignación de retiro de los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, y el A quo solo ordenó la revisión de la asignación del periodo comprendido entre el 5 de noviembre de 2004, y el 31 de diciembre de 2004 por considerar prescritos los derechos a la diferencias de reajustes causados con anterioridad al 5 de noviembre de 2004; por otro lado, en el actual proceso se solicita la nulidad de acto administrativo **CREMIL 50086- consecutivo No. 44116 del 15 de agosto de 2013** proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante las cual se negó al actor el reajuste de la asignación de retiro y a su vez solicitó como restablecimiento del derecho que se le reliquidara la asignación de retiro de





13-001-33-33-005-2013-00452-01

los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004; tal situación significa que si bien se pretende la nulidad de diferentes actos administrativos proferidos por la entidad demandada, el objeto o la pretensión del medio de control en ambos procesos es el mismo, pues se pretende la reliquidación de la asignación de retiro con base en el IPC, para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004; pues a partir del 31 de diciembre de 2004 entró a regir nuevamente para ello el principio de oscilación consagrado en el Decreto 4433 de 2004.

En este punto se concluye que la reclamación deprecada corresponda a períodos iguales, sin embargo, en relación al año 1997 no ocurre lo mismo, toda vez que respecto de dicho periodo no se solicitó su reajuste en el proceso anterior; de tal manera que la reclamación del incremento con base en el IPC, respecto de los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 es la misma existiendo por tanto, identidad de contenido entre los actos enjuiciados en el anterior proceso y en el actual, configurándose así la identidad de objeto respecto de los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

Finalmente **existe identidad de causa petendi**, ya que en ambos procesos, los fundamentos fácticos se concretan en la calidad o estatus de retirado o pensionado, del actor, de las fuerzas militares, y en el derecho que tienen estos a que sean reajustadas las asignaciones de retiro, con base en el IPC previsto en el artículo 14 de la ley 100 de 1993 hasta el 31 de diciembre de 2004, por lo que también se cumple con este requisito.

En este orden, la Sala advierte que en la sentencia de 14 de octubre de dos mil diez (2010) dictada dentro del proceso anterior de radicado N° 13-001-33-31-007-2010-0025-00, el juez en primera instancia, se pronunció respecto a la solicitud del actor que efectuar la reliquidación de asignación de retiro con base en el IPC para los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 declarando la prescripción respecto de las sumas causadas con anterioridad al 5 de noviembre de 2004, debido a que para dicho año la prescripción se vio interrumpida bajo el sustento de que la petición fue presentada por el actor ante la entidad demandada el día 08 de noviembre de 2008.

Sin embargo, en el actual proceso el actor presenta el medio de control bajo los mismos hechos y argumentos, pero a su vez solicitando que la reliquidación de la asignación de retiro también se efectuó respecto del año 1997, toda vez que no fue solicitada en el proceso anterior, por lo anterior, al encontrarse cumplidos, concurrentemente, los requisitos para que se





13-001-33-33-005-2013-00452-01

aplique la excepción de cosa juzgada, la Sala declarará la cosa juzgada solo respecto a los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, por haber sido objeto de pronunciamiento en el proceso bajo el radicado N° 13-001-33-31-007-2010-0025-00.

Establecido lo anterior, la Sala procederá a estudiar de fondo la pretensión de reliquidación correspondiente al año 1997.

De acuerdo con lo anterior y lo probado dentro del expediente, en el *sub examine* el incremento anual de qué trata el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, cuya finalidad es mantener el poder adquisitivo constante de las pensiones de vejez o jubilación, invalidez y de sustitución o sobreviviente, o de las asignaciones de retiro como ocurre en el presente caso, solo procede anualmente, de manera oficiosa, el primero de enero de cada año como se indicó en precedencia, sin que sea dable entrar a modificar el monto de la asignación reconocida al demandante por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, pues tal pretensión no es objeto de estudio en el *sub lite*.

Ahora bien, advierte la Sala que el accionante no aportó certificado expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, que permitiera determinar si el incremento realizado a su asignación de retiro para el año 1997, es inferior al reajuste que le correspondería aplicando el IPC.

En este punto es conveniente precisar que con fundamento en el artículo 167 del CGP, le incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, de tal manera que en el *sub iudice*, es el demandante quien debió probar la lesión de su derecho, por el supuesto incremento inferior al que correspondería aplicando el IPC, por lo que es procedente negar las pretensiones relativas al incremento con base en el IPC correspondiente al año 1997.

Así las cosas, la Sala modificará el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Circuito de Cartagena el día 17 de marzo de 2015, el cual quedara así:

"PRIMERO: DECLARAR DE OFICIO la excepción de COSA JUZGADA respecto del reajuste con base en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) para los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, excepto la pretensión relativa al reajuste del año 1997."





13-001-33-33-005-2013-00452-01

De otro lado, esta Sala de Decisión, procederá a confirmar en todo lo demás la sentencia oral de fecha diecisiete (17) de marzo de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Circuito de Cartagena, por medio del cual se declaró la cosa juzgada del presente medio de control.

5.3 Condena en costas en segunda instancia.

En vista de la prosperidad parcial del recurso, con fundamento en el numeral 5 artículo 365 del CGP, la Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Circuito de Cartagena el día 17 de marzo de 2015, el cual quedara así:

"PRIMERO: DECLARAR DE OFICIO la excepción de COSA JUZGADA respecto del reajuste con base en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) para los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, excepto la pretensión relativa al reajuste del año 1997."

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la Sentencia apelada.

CUARTO: SIN COSTAS de segunda instancia.

QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al Despacho de origen para que se sirva dar cumplimiento a lo ordenado en esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

