



13001-33-33-002-2015-00320-01

Cartagena de Indias D. T. y C., veinticinco (25) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado:	13001-33-33-002-2015-00320-01
Demandante:	Anita Abello de Gómez
Demandado:	CREMIL
Magistrado Ponente:	Edgar Alexi Vásquez Contreras
Tema	Reliquidación de asignación de retiro con base en el IPC

Procede esta Corporación a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2016, mediante la cual el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena declaró probada de oficio la ineptitud sustantiva de la demanda.

I. ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA

a) Pretensiones

La señora Anita de Jesús Abello de Gómez, mediante apoderado judicial, presentó demanda contra CREMIL, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 del C.P.C.A., en la que solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

1. Que se declare la nulidad a los actos administrativos contenido en la respuesta de la petición, numero consecutivo 60031 del 26 de noviembre de 2012, suscrita por la Teniente Coronel ® Amparo Peñaranda Ramírez - Subdirectora de Prestaciones Sociales, respuesta por petición impetradas por mi poderdante radicadas en dicha entidad número 88560 del 30 de octubre de 2012, donde se solicitó el reajuste de asignación de retiro con base en el IPC y que fue negado en dicho acto. Que como consecuencia de ello y a título de restablecimiento del derecho, se disponga:

2. Que a título de restablecimiento del derecho, se modifique el acto administrativo, mediante el cual se le reconoció a mi poderdante señora ANITA DE JESÚS ABELLO DE GOMEZ el derecho pensional de asignación de retiro como prestación periódica, en el sentido de disponer que a partir de la promulgación de la Ley 238 de 1995 y a futuro, sus incrementos anuales a estas prestaciones se le liquiden y paguen con base en (el índice de precios al consumidor) I.P.C. establecido por el DANE, cuando su porcentaje resulte mayor que el incremento dispuesto por el Gobierno Nacional para la Fuerza Pública en cada vigencia fiscal, de conformidad con lo establecido en la Ley 238 de 1995, en cuanto adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de aclarar que las excepciones de aplicación de esta ley consagradas en dicho artículo parágrafo 4º, no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículo 14 y 142 de la Ley 100 de 1993, para el personal de los sectores allí contemplados "entre los cuales se encuentra LA FUERZA PUBLICA. ACLARANDO QUE EL ACTOR NO ESTA SOLICITANDO CAMBIO DE REGIMEN NI SE ACOGE AL GENERAL, solo que se aplique el principio de favorabilidad del artículo 53 de la





13001-33-33-002-2015-00320-01

Constitución Política cuando el IPC haya sido o sea superior al incremento realizado con base en el principio de oscilación.

3. Que a título de restablecimiento del derecho y con fundamento en lo anterior, se ordene el reconocimiento, de su reajuste anual desde 1997, la reliquidación y el pago a mi poderdante de los excedentes porcentuales resultantes de establecer matemáticamente la diferencia entre el monto de los incrementos anuales que le decretó el Gobierno en la asignación de retiro o pensión, y el porcentaje del IPC establecido en el DANE el año anterior a cada vigencia fiscal, desde la vigencia de la ley 238 de 1995, incluyendo los meses transcurridos en este año 2011, conforme a las sumas de cuadro anexo, y este valor se tenga en cuenta como complemento de los rubros prestacionales de cada año reclamado, a fin de que se acumulen año tras año y conformen el monto sobre el cual se debió realizar el aumento en cada uno de los años subsiguientes, para que el monto pensional actual adquiera el valor en el cual debía encontrarse.

4. A título de restablecimiento del derecho se ordene el pago del reajuste anual desde 1997 y re liquidación de la asignación de retiro de mi poderdante del mayor valor entre el incremento decretado por el Gobierno Nacional para el reajuste de las asignaciones básicas del personal en servicio activo de la Fuerza Pública en aplicación de la escala salarial porcentual y el índice de precios al consumidor (IPC), empleado para el reajuste de las pensiones del régimen general de pensiones, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 238 de 1995 y el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

5. Que a título de restablecimiento del derecho se ordene reajustar la asignación de retiro, año por año, a partir 1997 en adelante, con los nuevos valores que arroje la reliquidación solicitada en el literal anterior.

6. Que a título de restablecimiento del derecho se ordene el pago efectivo e indexado de todos los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre la liquidación solicitada y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año 1997 en adelante hasta la fecha en que sea reconocido del derecho precitado.

7. El pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes precitados en los numerales anteriores a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia (sentencia C-188/99, expediente 2191 del 24 de marzo de 1999).

8. Que a las sumas que resulten del reconocimiento y liquidación de los derechos aquí solicitados, se les aplique la indexación correspondiente a fin de preservar el poder adquisitivo, como lo dispone el último inciso del artículo 48 de la Constitución Nacional y los artículos 176 a 178 del C.C.A.

9. Que se tenga en cuenta la indebida notificación del oficio demandado para declarar la nulidad.

b) Hechos.

Para sustentar sus pretensiones el demandante afirmó, en resumen, lo siguiente:

Mediante Resolución N° 320 del 8 de febrero de 2013, CREMIL le reconoció asignación de retiro en calidad de beneficiaria. No obstante, la asignación le ha



13001-33-33-002-2015-00320-0

sido reajustada en un porcentaje inferior al índice de precios al consumidor (IPC) del año inmediatamente anterior, ocasionándole perjuicios.

Por lo anterior, solicitó la reliquidación de su asignación de retiro; solicitud que fue negada por la demandada mediante oficio demandado.

c) Normas violadas.

El demandante afirmó que el acto acusado violó los artículos 1, 6, 13, 25, 48, 53, 58, 63, 90 y 229 de la Constitución Política; 10, 1626, 2287 y 2300 del Código Civil; 3 de la Ley 153 de 1887; 23, 115, 116, 117, 175 y del Código de Procedimiento Civil; 6 de la Ley 446 de 1998; 45, 61, 57, 84, 85, 132, 134 a 139, 141, 168, 176 a 178, 206 y 267 del C.C.A.; 5 y 10 del Código Procesal del Trabajo; 169 y 174 Decreto 1211 de 1990; 151, 155 del Decreto 1212 de 1990; 110 y 113 del Decreto 1213 de 1990; 14, 80, 142, 279 de la Ley 100 de 1993; Ley 238 de 1995.

Como concepto de la violación afirmó, en resumen, que el incremento que se le aplica a los miembros de la fuerza pública es inferior a los realizados con fundamento en el I. P. C., lo cual constituye una violación de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 de la Constitución Política y, se hace más evidente dicha violación con la expedición de la Resolución N° 1474 del 20 de mayo de 2003, en razón de que para el presente año no se le efectuó incremento alguno a dichas asignaciones.

Afirmó que los Decretos 1211 y 1212 de 1990 fueron expedidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, por lo que al continuar aplicándolos se contaría los principios de igualdad y favorabilidad.

Agregó que prevalecen las normas que establecen condiciones más favorables y que fueron expedidas conforme a los mandatos constitucionales como el parágrafo 4° del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 que fue adicionado mediante la Ley 238 de 1995.

3.2. Contestación (fs. 52-55)

La parte demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, porque considera que carecen de fundamentos legales y respaldo probatorio.

Señaló que el régimen prestacional del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se rige por las disposiciones especiales vigentes al momento de los hechos, las cuales prevalecen sobre las disposiciones de carácter general.

El régimen especial de los miembros de la fuerza pública, establece que las asignaciones de retiro deben reajustarse anualmente de acuerdo con los



13001-33-33-002-2015-00320-01

variaciones que se le hagan a las asignaciones pagadas a los militares que se encuentren en servicio activo de acuerdo con cada grado.

Para dar cumplimiento a lo anterior el Gobierno Nacional anualmente mediante el decreto ejecutivo fija los incrementos de los sueldos básicos del personal en actividad, reajustando con ello las asignaciones de retiro.

Agregó que a los miembros de las Fuerzas Militares, los rige el principio de oscilación, el cual está regulado por el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 y 42 del Decreto 4433 de 2004 y tiene como objetivo mantener el poder adquisitivo de la asignación de retiro por lo que de acuerdo con dicha norma y en aplicación del artículo 279 de la Ley 100/93.

3.4. Sentencia apelada. (fs. 107-119)

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de 17 de noviembre de 2016 declaró probada de oficio la excepción de inepta demanda.

Para sustentar su decisión, el Juez A-quo sostuvo que en el presente caso se controvierte la legalidad del acto mediante el cual la entidad demanda negó al señor Jorge Arturo Gómez Casseres el reajuste de la asignación de retiro con base en el IPC. Por lo anterior, el acto administrativo mencionado podía ser objeto de demanda por parte del destinatario, es decir, de quien se creyó lesionado en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, que en tal caso se predica de parte del Sr. Jorge Arturo Gómez.

En el presente caso, la demanda no fue promovida por el militar mencionado, sino por su cónyuge sobreviviente, toda vez que aún antes de proferirse dicho acto administrativo había sobrevenido su fallecimiento.

Por lo anterior, no es posible pronunciarse sobre las pretensiones de la demandante, toda vez que no obra prueba dentro del expediente en la que se observe que la demandante hubiere presentado reclamación administrativa tendiente a obtener el derecho pretendido de reajuste de la asignación de retiro con base en el IPC.

3.5. Recurso de apelación (f.126-137)

El apoderado de la parte demandante apeló la decisión del A-quo aduciendo, en resumen, lo siguiente:

La sentencia desconoce la naturaleza jurídica, finalidad y principios constitucionales, porque no tuvo en cuenta que la demandante goza de una sustitución pensional y por la naturaleza de la prestación que ostenta, reemplazó a su cónyuge en todos los derechos y obligaciones pasadas, presentes y futuras de la asignación de retiro que disfruta, por lo cual la demandante está legitimada para demandar ante ésta jurisdicción todos los actos administrativos susceptibles



13001-33-33-002-2015-00320-01

de control judicial que en vida le fueron proferidos al cónyuge de la demandante.

Si bien se trata de personas distintas, la asignación de retiro sobre la cual recae el objeto de la reclamación es la misma; por lo tanto, desconocer el derecho de la demandante, es desconocer la naturaleza jurídica de la sustitución pensional.

Para obtener el reajuste de las asignaciones de retiro de la fuerza pública no es necesario demandar ni parcial ni totalmente las resoluciones expedidas por CREMIL. En el caso particular, la demandante siempre estuvo de acuerdo con la Resolución N° 320 del 8 de febrero de 2013, que le reconoció su pensión como beneficiaria.

Señaló que si se quedara sin decidir de fondo el asunto, a la demandante le tocaría nuevamente presentar otra petición en igual sentido y demandar tanto la nueva respuesta como el que se está demandando.

Agregó que CREMIL al momento de contestar la demanda, solo propuso como excepciones la prescripción del derecho e inexistencia de fundamento jurídico para solicitar reajuste el IPC, pero nunca alegó la inepta demanda.

Finalmente, manifestó que si bien las sentencias inhibitorias no están prohibidas, el Código de Procedimiento Civil le ordena al Juez agotar los instrumentos que la ley le ha otorgado a fin de evitarlas. Por lo anterior, la Juez durante todo el desarrollo de proceso desde la admisión de la demanda jamás advirtió su posición y mucho menos usó sus poderes de juez director del proceso.

3.6. Trámite de segunda instancia.

Mediante auto de 31 de marzo de 2017 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (f. 146), y por providencia de 23 de mayo de 2017 se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f.149).

Las partes no presentaron alegatos y el Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

IV.CONTROL DE LEGALIDAD

Agotadas las etapas procesales propias de la instancia sin que se adviertan motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, procede el Tribunal a decidir de fondo el recurso en estudio.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento



13001-33-33-002-2015-00320-01

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.

5.2 Problema jurídico

Corresponde a esta Corporación determinar si, tal como lo afirma el Juez A-quo, en el presente caso se configura la inepta demanda por falta de agotamiento de la vía gubernativa, al haber cuestionado la demandante el acto que le negó la pretensión al causante – Jorge Arturo Gómez Casseres, en vez de provocar, luego de obtenido la sustitución pensional, la expedición de un acto administrativo mediante la presentación de una nueva solicitud de reliquidación de asignación de retiro.

En caso de que la demanda no fuera inepta y el Juez deba decidir de fondo el litigio, debe la Sala establecer si la demandante tiene derecho al reajuste de la asignación de retiro con base en el Índice de Precios al Consumidor, en aplicación del artículo 14 de la Ley 100/93, durante los años 1997 a 2004.

5.3. Tesis de la Sala.

La demanda no es inepta porque corresponde a esta jurisdicción decidir de fondo la demanda de nulidad interpuesta por la sustituta pensional contra el acto que negó la reliquidación pensional solicitada por el causante, puesto que ella adquiere el derecho pensional en los términos de los actos administrativos que definieron su situación jurídica, entre ellos el que reconoció el derecho pensional y el que negó su reliquidación; y se encuentra habilitada para cuestionar su legalidad sin necesidad de provocar nuevos pronunciamientos de la administración.

Por otra parte, quedó demostrado que el aumento realizado a la asignación de retiro del causante Jorge Arturo Gómez Cásseres, en virtud del principio de oscilación fue inferior al reconocido por el IPC en los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, por lo cual se debe ordenar la reliquidación de la asignación. Finalmente se deben declarar prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 30 de octubre de 2008

5.4. Marco Normativo y jurisprudencial.

Los artículos 217 y 218 de la Constitución Política prescriben que el Legislador tiene la facultad de establecer de manera especial el régimen salarial y prestacional de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, este último en particular, distinto del régimen general previsto en la Ley 100 de 1993, con el fin de materializar el principio de igualdad.





13001-33-33-002-2015-00320-0

El artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, por el cual se reforma el estatuto de personal de agentes de la Policía Nacional, señala el concepto de la Asignación de Retiro en los siguientes términos:

"ARTICULO 163. ASIGNACION DE RETIRO. Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente, y los que se retiren a solicitud propia después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto.

PARAGRAFO 1o. La asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales que durante la vigencia de este estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, ser equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el artículo 158, liquidadas en la forma prevista en este mismo Decreto.

PARAGRAFO 2o. Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) o más años de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación.."

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 169 del Decreto 1211 de 1990 las personas que tienen derecho a la asignación de retiro, perciben anualmente un incremento equivalente al porcentaje en que aumentan las asignaciones de actividad para un oficial o suboficial:

"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.."

De otro lado el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 establece:



13001-33-33-002-2015-00320-01

"ARTÍCULO 42. OSCILACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO Y DE LA PENSIÓN. Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.

El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley."

Por otro lado, el régimen de seguridad social en pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, prevé un incremento anual de las mesadas pensionales de acuerdo con el IPC del año inmediatamente anterior, expresamente regula su artículo 14 lo siguiente:

"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, 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 incremente dicho salario por el Gobierno¹."

De acuerdo con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 dicha norma no es aplicable a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional; sin embargo la aplicación del principio de oscilación, no obstante su carácter especial, no es admisible constitucionalmente, en particular a la luz de los principios de igualdad y favorabilidad laboral, cuando el reajuste que deriva de éste, es inferior comparado con el porcentaje que se aplica a las pensiones provenientes del Sistema General de la Ley 100 de 1993.

La jurisprudencia constitucional ha examinado el **principio de favorabilidad** en materia laboral. En la sentencia **C-168 de 1995** expresó:

"[El] principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la norma laboral, configura un mandato imperativo del Constituyente, motivo por el cual ninguna autoridad puede sustraerse a darle plena eficacia"². Como lo ha sostenido esta Corporación y ahora se reitera: "(...) considera la Corte que "la condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más

¹ El aparte final subrayado fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional con la condición señalada en la parte motiva de la Sentencia C-387-94 del 1o. de septiembre de 1994, '...con la condición señalada en la parte motiva de esta providencia, es decir, que en el caso de que la variación porcentual del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE, para el año inmediatamente anterior a aquél en que se vaya a efectuar el reajuste de las pensiones, SEA SUPERIOR al porcentaje en que se incremente el salario mínimo mensual, las personas cuya pensión sea igual al salario mínimo mensual vigente, tendrán derecho a que ésta se les aumente conforme a tal índice'.

² Cfr. T-440, T-369, T-242, T-549, C-177 de 1998 y T-1294 de 2002



13001-33-33-002-2015-00320-0

ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro Ordenamiento Superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho" precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso.

Por otro lado, la Ley 238 de 1995 "Por la cual se adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993" en su artículo 1º estableció:

"ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

Se entiende entonces que los funcionarios de las fuerzas Militares y Policía Nacional, en virtud de la adición realizada por la Ley 238/95 y del principio de favorabilidad, tienen derecho al ajuste de sus asignaciones de retiro con fundamento en el IPC, toda vez que es más favorable el reajuste con fundamento en el índice de precios del consumidor para el demandante que la ley 4º de 1992 y el Decreto 1213 de 1990, pues al hacer la comparación entre los reajustes pensionales efectuados mediante la oscilación de las asignaciones de los miembros de la Policía Nacional en actividad 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.

Significando esto que 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, podrían acceder a los beneficios que consagro la misma.

5.5. Caso concreto

5.5.1. Pruebas relevantes para decidir.

- Copia de la Resolución N° 4469 del 31 de diciembre de 1959 del Ministerio de Guerra, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de una asignación mensual de retiro al señor Jorge Arturo Gómez Casseres, en su condición de Suboficial Segundo de la Armada Nacional (fs. 69-70).
- Copia del memorial de 30 de octubre de 2012, mediante el cual el señor Jorge Arturo Gómez Casseres solicitó a CREMIL el reajuste y reliquidación de la asignación de retiro con base en el IPC del año inmediatamente anterior certificado por el DANE, durante las vigencias en que el incremento anual por oscilación decretado por el Gobierno Nacional haya sido inferior (fs.35-37).





13001-33-33-002-2015-00320-01

- Certificado N° 88560 de 16 de noviembre de 2012, mediante la cual la Coordinadora del Grupo de Gestión Documental de la CREMIL hace constar que el señor Jorge Arturo Gómez Casseres tiene legalmente reconocida asignación de retiro y certifica los aumentos realizados para cada vigencia fiscal (fs. 33-34).
- Copia del certificado de defunción con indicativo serial N° 07302151, expedido por la Notaria Segunda de Cartagena, en el cual consta que el señor Jorge Arturo Gómez Casseres murió el 10 de noviembre de 2012 (f.28).
- Copia del Oficio N° 60031 de 26 de noviembre de 2012, mediante el cual CREMIL dio respuesta a la petición de 30 de octubre de 2012 y negó la solicitud de reliquidación de asignación de retiro con base en el IPC (f.30).
- Copia de la Resolución N° 320 de 8 de febrero de 2013, mediante la cual CREMIL le reconoció y ordenó el pago de una sustitución pensional a la demandante (fs. 28-29).

5.5.2. De la inepta demanda por falta de agotamiento de la vía administrativa.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", en providencia de 18 de mayo de 2011, señaló:

" Es claro que en todo caso debe demandarse el acto administrativo que contiene la manifestación de voluntad de la Administración frente a una situación jurídica particular, junto con aquellas decisiones que en vía gubernativa constituyan una unidad jurídica con el mismo, pues ello compone necesariamente la órbita de decisión del Juez frente a una pretensión anulatoria precisamente por la identidad y unidad de su contenido y de sus efectos jurídicos, sin que pueda segmentarse bajo tales condiciones el análisis de su legalidad. La inobservancia de lo expuesto vicia sustancialmente el contenido de la pretensión anulatoria en el marco de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, lo que se traduce en la configuración de la denominada proposición jurídica incompleta que impide el ejercicio de la capacidad decisoria del Juez frente al litigio propuesto. Tomando precedente la declaración inhibitoria al respecto.

A nivel del petitum la situación en mención se suscita en dos casos de ocurrencia alternativa o sumada a saber: i) Cuando el acto acusado torna lógicamente imposible la decisión de fondo debido a una irreparable ruptura de su relación con lo causa petendi, o i) Cuando el acto demandado no es autónomo por encontrarse en una inescindible relación de dependencia con otro u otros no impugnados que definan su contenido, validez o su eficacia, eventos en los que como se expresó resulta imposible emitir una decisión de fondo para el Juez.

(...) Por último, debe precisarse que ésta Sala en diferentes oportunidades ha sostenido que la decisión inhibitoria no es la manera normal y adecuada de concluir un pleito, más en asuntos pensionales en los que ha propugnado por superar la ritualidad en aras de la efectividad de los derechos; sin embargo, en casos como éste, no puede simplemente superarse el asunto habilitando el





13001-33-33-002-2015-00320-0

análisis de legalidad escasamente propuesto pues ante una eventual decisión anulatoria y restablecimiento del derecho, las consecuencias del acto no cuestionado se mantendrían incólumes en contravía de la normatividad aplicable y en detrimento de los recursos públicos destinados a la Seguridad Social." (...)

Así mismo, de acuerdo con el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B" en providencia del 10 de septiembre de 2009, para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se requiere del agotamiento previo de la vía gubernativa. Este presupuesto se conoce como el principio de "discusión previa", el cual tiene por finalidad que la Administración en sede gubernativa y a instancia del administrado, tenga la oportunidad de revocar, confirmar o modificar su decisión previamente a que el acto administrativo sea sometido a control jurisdiccional por vía de la citada acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Como quiera que la vía gubernativa constituye el primer escenario donde se debate la legalidad de un acto particular, deben plantearse en ella los mismos hechos que luego habrán de aducirse ante el Juez Administrativo; de lo contrario se estaría violentando el derecho de defensa de la Administración".

En el presente caso, la Juez A-quo declaró probada de oficio la excepción de inepta demanda, toda vez que a su juicio el acto demandado negó la solicitud de reajuste de la asignación de retiro al causante – Jorge Arturo Gómez-, por lo que la legitimación para demandar se predicaba de parte del señor Gómez y no de la señora Anita Abello, quien si quería demandar ante ésta jurisdicción debió acudir primero a la vía administrativa, y no lo hizo.

Se encuentra demostrado igualmente: **a)** que mediante Resolución N° 4469 del 31 de diciembre de 1959, el Ministerio de Guerra reconoció y ordenó el pago de una asignación mensual de retiro al señor Jorge Arturo Gómez Cásseres, en su condición de Suboficial Segundo de la Armada Nacional (fs. 69-70); **b)** que el 30 de octubre de 2012 éste solicitó a CREMIL el reajuste y reliquidación de la asignación de retiro con base en el IPC del año inmediatamente anterior certificado por el DANE, durante las vigencias en que el incremento anual por oscilación decretado por el Gobierno Nacional haya sido inferior (fs.35-37); y **c)** que mediante Oficio N° 60031 de 26 de noviembre de 2012, CREMIL respondió la solicitud anterior, negando la reliquidación solicitada (f.30).

Como consecuencia del fallecimiento del señor Gómez Cásseres el 10 de noviembre de 2012,³ su cónyuge Anita Abello de Gómez solicitó la sustitución de la asignación de retiro del causante, y por Resolución N° 320 de 8 de febrero de

³ Ver certificado de defunción con indicativo serial N° 07302151, expedido por la Notaría Segunda de Cartagena, obrante a folio 28..

13001-33-33-002-2015-00320-01

2013 CREMIL le reconoció la condición de sustituta y ordenó el pago a su favor de la asignación de retiro del causante (fs. 28-29).

Si bien en el presente caso no obra prueba de que la demandante hubiera solicitado la reliquidación de la asignación de retiro a la demandada, lo cierto es que ya la había solicitado el causante y se le había denegado mediante los actos acusados agotando de esa manera el requisito previo de la vía administrativa, que no requiere ser agotado nuevamente por su cónyuge supérstite, a quien se transfirieron por vía de la sustitución todos los derechos y obligaciones pensionales del causante, que en ello consiste precisamente la sustitución; y por ello se encuentra legitimada para demandar.

Carece de toda sindéresis obligar a la causante a reclamar los mismos derechos que al causante ya se le reconocieron o negaron, pues las situaciones jurídicas que esos actos definieron se transmitieron del causante a la sustituta.

Una posición contraria constituye un exceso ritual manifiesto y una violación del derecho de acceso a la administración de justicia, y desconoce igualmente principios de la función administrativa, tales como la eficiencia, eficacia, celeridad y economía previstos en el artículo 209 constitucional y en el artículo 3 del CPACA.

Resulta contrario a dichos principios obligar a la accionante a reiterar la misma solicitud de reliquidación efectuada por el causante para pronunciarse nuevamente sobre la misma, repitiendo de esa manera una actuación ya agotada y susceptible de control judicial por la persona a quien afecta directamente, que no es otra que la sustituta de la asignación de retiro del causante, quien cuenta en la fecha con 80 años, superando el promedio de vida de las mujeres en Colombia, conforme a las estadísticas del DANE, circunstancia que por sí sola amerita flexibilizar las exigencias procesales para garantizar la definición de la situación pensional de la accionante.

Resalta la Sala que de acuerdo con el artículo 138 del CPACA que define y regula el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, establece que "toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho (...). Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo...".



13001-33-33-002-2015-00320-0

En el presente caso, la demandante estima que los actos acusados, que definieron una situación jurídica concreta, que le fue transferida por vía de la sustitución de una asignación de retiro y que produce consecuencias frente a ella, lesiona un derecho subjetivo suyo amparado por una norma jurídica y ella la legítima para demandar la nulidad de dicho acto y el consecuente restablecimiento de derechos.

Tal como afirmó el apelante, desconocer el derecho de la accionante a demandar los actos acusados, es desconocer la naturaleza jurídica de la sustitución pensional.

Concluya la Sala que la accionante está legitimada por activa para demandar y por ello procede al estudio de fondo de la litis.

5.5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

5.5.2.1. En el caso *sub examine*, la demandante pretende el reajuste de la asignación de retiro que devenga, a partir del 1º de enero de 1997 y el consecuente reconocimiento y pago de las diferencias que resulten, debido a que el incremento anual aplicado para dichas vigencias fue inferior al IPC del año anterior.

El siguiente cuadro comparativo entre el porcentaje aplicado y el correspondiente al IPC, permite constatar las diferencias aludidas por el demandante y, en consecuencia, disponer la aplicación del factor que resulta más favorable:⁴

AÑO	I.P.C.	REAJUSTE CON PORCENTAJE CREMIL
1997	21.63%	22.66%
1998	17.68%	19.79%
1999	16.70%	14.91%
2000	9.23%	9.23%
2001	8.75%	8.00%
2002	7.65%	6.00%
2003	6.99%	6.47%
2004	6.48%	5.50%

De la comparación anterior se observa con claridad que el incremento de la asignación de retiro del causante, correspondiente a los años 1997, 1998 y 2000, originado en el principio de oscilación, fue igual o un poco mayor al previsto por el I.P.C. No obstante, no ocurre lo mismo con el incremento con los años 1999,

⁴ Fs. 105-107



13001-33-33-002-2015-00320-01

2001, 2002 2003 y 2004, toda vez que el porcentaje del I.P.C para esta anualidad es mayor que el fijado por el Gobierno Nacional y que fue aplicado por la entidad demandada en la asignación de retiro. Es decir, desde esta óptica resulta favorable aplicar el porcentaje del I.P.C de los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 a la asignación de retiro con fundamento en los artículos 279 – parágrafo 4º y 14 de la Ley 100 de 1993.

5.5.2.1. En cuanto a la prescripción de los derechos reconocidos a la accionante por virtud de la reliquidación ordenada, tenemos lo siguiente:

El artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 establece:

"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. 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."

En ese orden, como la petición en vía administrativa formulada por el actor fue presentada el día 30 de octubre de 2012 (fls. 35-37) y, la demandante presentó la demanda dentro de los 4 años siguientes (25 de marzo de 2014), los derechos causados con anterioridad al 30 de octubre de 2008 se encuentran prescritos, de conformidad con el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

El Consejo de Estado en sentencia del 24 de octubre de 2012 radicado: 2007-01023-01 Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón expresó:

Como ya se expuso, la prescripción que en esta providencia se decreta es en relación con los derechos correspondientes a los años anteriores al 1 de marzo de 2003, por haberse presentado la petición el 1 de marzo de 2007, no obstante, debe precisar la Sala que en consideración a que el actor tenía derecho a la aplicación del IPC en los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 en lugar del principio de oscilación que se le aplicó, la Entidad debe efectuar la liquidación por dichos años, aplicando el IPC vigente para tales fechas y sobre esas sumas aplicará los porcentajes anuales correspondientes, conforme al cuadro que aparece a folio 21.

Lo anterior, teniendo en cuenta que si bien dichas diferencias no pueden ser canceladas por encontrarse prescritas, sí deben ser utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores.

Si bien es cierto, las mesadas correspondientes a los años anteriores al 30 de octubre de 2008 están prescritas, debe precisar la Sala que en consideración a que el actor tenía derecho a la aplicación del IPC de los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 en lugar del principio de oscilación que se le aplicó, la entidad debe efectuar la liquidación por dicho año, aplicando el IPC vigente para tales fechas, teniendo en cuenta que aunque no puede ser cancelada por encontrarse





13001-33-33-002-2015-00320-0

prescrita, sí debe ser utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores.

Finalmente el ajuste de las asignaciones de retiro con base en el Índice de Precios al Consumidor, debe hacerse hasta el 31 de diciembre de 2004, teniendo en cuenta lo dispuesto por Decreto 4433 de 2004, el cual modificó el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990.

5.5.3. Condena en costas en segunda instancia

La Sala aplicará al caso el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación; y en particular del numeral 4 ibídem, de acuerdo con el cual "Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias".

Habiéndose revocado totalmente la sentencia de primera instancia, procede condenar a la entidad demandada al pago de costas a la demandante, las cuales se liquidarán por el Juzgado de primera instancia, en aplicación de los artículos 365 y 366 del C. G. P.

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

FALLA:

1. Revocar la sentencia apelada la cual quedará así:

"PRIMERO: Declarar la nulidad del Oficio N° 60031 del 26 de noviembre de 2012, expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio del cual se negó la reliquidación de la asignación de retiro del señor Jorge Arturo Gómez Cásseres (q.e.p.d.), con base en el IPC.

SEGUNDO: A título de restablecimiento, CREMIL deberá efectuar la liquidación de la asignación de retiro a favor de la señora Anita de Jesús Abello de Gómez Cásseres, identificada con la cédula de ciudadanía No. 22.767.264, en su condición de sustituta de la asignación reconocida al causante Jorge Arturo Gómez Cásseres, correspondiente a los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, aplicando para el efecto el índice de precios al consumidor del año inmediatamente anterior.



13001-33-33-002-2015-00320-01

Las diferencias que resulten serán utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores, en la medida que podrían afectar la asignación de retiro a partir del 2005, liquidada con base al principio de oscilación.

No hay lugar a pagar diferencia alguna por las mesadas causadas con anterioridad al 30 de octubre de 2008, por razón de la prescripción cuatrienal.

TERCERO: Condenar a CREMIL a reconocer y pagar a la señora Anita de Jesús Abello de Gómez Cásseres a partir del 30 de octubre de 2008 la diferencia resultante en el reajuste anual de su asignación de retiro, ordenada en el numeral anterior, debidamente indexada.

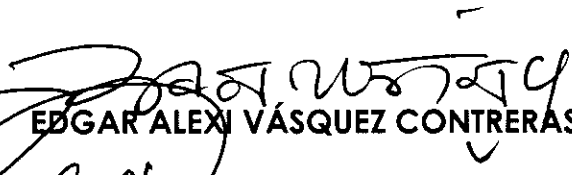
CUARTO: Condenar a la parte demandada al pago de costas procesales a favor de la parte demandante en ambas instancias, las cuales serán liquidadas por Secretaría del Juzgado de origen, en aplicación de los artículos 365 y 366 del C.G.P.

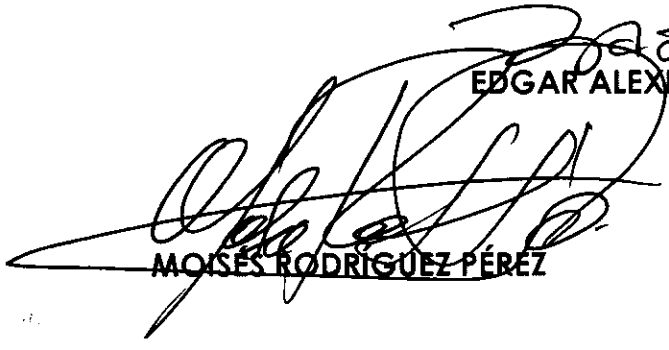
QUINTO: CREMIL deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 del CPACA.

SEXTO: Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

SÉPTIMO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen. Déjense las constancias de rigor en el sistema de Gestión Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
Los Magistrados


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE
Ausente con permiso