



151

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
CENTRO- AVENIDA VENEZUELA -EDIFICIO NACIONAL PISO 1
TELEFAX: 664-2718

EDICTO N° 032

LEY 1437 DE 2011 (ORALIDAD)

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

MAGISTRADO PONENTE: Dra. HIRINA MEZA RHENALS

RADICADO: 13001-33-33-005-2013-00124-01

DEMANDANTE: SOLANGEL RAFAEL ACUÑA ACUÑA

DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

PROVIDENCIA: SENTENCIA

FECHA DE LA PROVIDENCIA: 17 DE OCTUBRE DE 2014

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR, SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN LA PAGINA WEB DE LA RAMA JUDICIAL Y EN LA SECRETARIA GENERAL DE ESTA CORPORACION, POR EL TERMINO LEGAL DE TRES (3) DIAS, HOY, VEINTIDOS (22) DE OCTUBRE DE DOS MIL CATORCE (2014), A LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.).

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

Consejo
de la Judicatura

EN LA FECHA VENICE EL TERMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO; HOY, VEINTICUATRO (24) DE OCTUBRE DE DOS MIL CATORCE (2014), SIENDO LAS CINCO (5:00) DE LA TARDE.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN 003

Cartagena de Indias D.T. y C., diecisiete (17) de octubre de dos mil catorce (2014)

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

MAGISTRADA PONENTE: HIRINA MEZA RHÉNAL

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	SOLANGEL RAFAEL ACUÑA ACUÑA
DEMANDADO:	CAJA DE RETIROS DE LAS FUERZAS MILITARES
RADICADO:	13001-33-33-005-2013-00124-01
SENTENCIA:	45

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 16 de Diciembre de 2013, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que resolvió negar las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1 Pretensiones.

1. La demanda se dirige concretamente a que se declare la nulidad del oficio CREMIL No. 67796 del 20 de Septiembre de 2012, proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante el cual se negó la reliquidación de la asignación de retiro del demandante con base en el IPC conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993, en

concordancia con el artículo 279 parágrafo 4 de la misma ley, adicionado por la Ley 238 de 1995.

2. A título de restablecimiento del derecho, se solicita i) que se ordene a la demandada, reliquidar, reajustar y pagar la asignación del accionante, adicionando el incremento requerido a partir del año 1997 y hasta la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia que ponga fin a la presente acción y se efectuó el pago total; ii) que con la sentencia, por tratarse de pagos de tracto sucesivo se ordene aplicar los reajustes anuales correspondientes a los años 1997 y subsiguientes a la fecha, tomando como salario base de la liquidación los Índices de Precios al Consumidor de cada año y así completar la diferencia que resulte respecto de las sumas pagadas dentro de dicho periodo y las que se produzcan a futuro hasta que se efectuó el pago indexado y iii) que se ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 del CPACA y se condene en costas.

1.2. Hechos

Se relatan así:

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, le reconoció asignación de retiro al actor, la cual se ha venido reajustando según el principio de oscilación conforme el Decreto 1211 de 1990.

Manifiesta el accionante que la asignación de retiro no le ha sido reajustada desde el año 1997 hasta la fecha de conformidad con el IPC por lo que considera que se está desconociendo el artículo 1º de la Ley 238 de 1995, así como también del artículo 14 y el parágrafo 4 del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

En virtud de lo antes mencionado el actor presentó reclamación administrativa solicitando el reajuste, la cual fue resuelta mediante Oficio CREMIL 67796 de 20 de septiembre de 2012 donde se manifiesta que no es

dable acceder a las pretensiones formuladas en sede administrativa, puesto que a la fecha no existe precedente judicial en los términos de la Ley 1437 de 2011, es decir no hay sentencia de Unificación por parte del H. Consejo de Estado que permita reconocer lo solicitado. Así como también se expone que se estudia la posibilidad de una fórmula conciliada, que se encuentra en definición de sus parámetros y que se realizará ante la Procuraduría General de la Nación en virtud del Decreto N° 1716 de 2009.

Finalmente, el accionante manifiesta que el acto administrativo objeto del presente medio de control es anulable en razón de la falsa motivación en la expedición del mismo por parte del Director de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, al no tener en cuenta el parágrafo 4 del artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

1.3 Normas violadas y cargos de nulidad.

Señaló como normas violadas las siguientes:

Artículo 85 del C.C.A en concordancia con el Artículo 83 y demás normas pertinentes de la ley 446 de 1998. Artículos constitucionales: 1, 2, 4, 13, 46, 53 y 58. Ley 238 de 1995 en su artículo 1°. Ley 100 de 1993 en sus artículos 14 y parágrafo 4° del artículo 279 y Ley 4° de 1992.

En síntesis, el actor señala que en razón de la aplicación del principio de oscilación que consagra el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 se han menoscabado derechos prestacionales de los ex miembros de la fuerza pública en lo que respecta específicamente al reajuste de sus asignaciones de retiro, en relación con los demás pensionados del régimen general, los cuales se han hecho teniendo en cuenta el Índice de Precios al Consumidor- IPC, que se han venido incrementando desde 1997. Reajuste que al haber sido negado con la petición formulada en sede administrativa desconoce los preceptos constitucionales y legales de quienes prestaron sus servicios a la patria, y además propicia un tratamiento desigual entre los pensionados, lo que tiene un claro impacto y

una violación al derecho de igualdad y favorabilidad que preceptúa el ordenamiento jurídico.

2. Contestación de la demanda.

La entidad demandada contestó de manera extemporánea la demanda, y así se hizo constar en auto de fecha 13 de agosto de 2013 a través del cual se fijó fecha para audiencia inicial.

3. Sentencia de Primera Instancia¹.

En sentencia de fecha 16 de diciembre de 2013, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, se resolvió negar las pretensiones de la demanda por haber operado la cosa juzgada. Se argumentó que en virtud de la firmeza de la sentencia de 15 de noviembre de 2011, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, respecto de las mismas partes, mismos hechos y misma causa se estaba ante un caso juzgado.

En ese orden, analizó el a quo que la sentencia proferida por la Juez Primera Administrativa de Descongestión fue notificada por edicto y no fue recurrida por la parte demandante, dejando pasar la oportunidad para controvertir la decisión y buscar que se enmendara cualquier error de apreciación en que hubiese incurrido el juez de ese momento. Por ello, existió negligencia de la parte demandante, puesto que contaba con los recursos que ofrece el ordenamiento jurídico para impugnar y hacer variar la sentencia a su favor, pero no hizo uso de los mismos, haciendo inmodificable o inmutable la decisión adoptada respecto de las mismas partes, los mismos hechos y la misma causa.

Por otra parte, consideró el A quo que como quiera que la asignación de retiro es una prestación de contenido económico asimilable a la pensión de vejez o jubilación, otorgada dentro de un régimen especial, se le pudo extender los efectos de la ley 100 de 1993 (régimen general de seguridad

¹ Folios 117-124

social), en particular lo dispuesto en el artículo 14 sobre el reajuste del IPC certificado por el DANE, en vigencia de la ley 238 de 1995 que permitió la escindibilidad del régimen pensional en cuanto al reajuste, en concordancia con el principio de favorabilidad que es un principio constitucional de obligatorio cumplimiento.

4. Recurso de apelación.

La parte demandante recurre la sentencia de primera instancia reiterando básicamente los argumentos expuestos en la demanda como sustento de las pretensiones elevadas y señalando que no comparte la decisión adoptaba, por cuanto lo que se está demandando actualmente es la nulidad del oficio CREMIL 67796 del 20 de septiembre de 2012, consecutivo 45805, acto administrativo diferente a aquel sobre el cual se pronunció el Juzgado Primero Administrativo de Cartagena en esa oportunidad, que fue el oficio CREMIL 67081 de 25 de noviembre de 2008 y que por lo tanto no existe identidad de objeto.

Frente a la prescripción del derecho, en el escrito de apelación la parte demandante expresa que el reconocimiento de prestaciones periódicas, puede ser demandado en cualquier tiempo, siempre que este derecho no haya sido restablecido por parte de la entidad a cargo de cancelarlo. Considera también que *"el fallo de primera instancia está limitando un derecho Constitucional, al cual estaba obligada la Caja de Retiro de las FFMM a pagar de oficio, porque mi cliente debe sacrificarse con un fallo anterior negativo, si los conceptos no estaban claros en lo relacionado a esta problemática salarial, solo estamos reclamando que se nos dé un tratamiento igual al que se les ha dado a los demás militares y agentes de policía que han hecho sus reclamos y recibieron su reajuste y pago"*.

5. Trámite procesal de segunda instancia.

Mediante auto de fecha 19 de Marzo de 2014, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 de la Ley 1437 de 2011, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante y se ordenó correr

traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera concepto.

5.1 Alegatos de conclusión.

Durante el término para presentar alegatos de conclusión, las partes guardaron silencio y el Ministerio Público no rindió concepto, lo cual consta en oficio secretarial obrante a folio 136 del expediente.

II. CONSIDERACIONES

1. ASUNTO PREVIO.

1.1. Control de legalidad.

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia no se ejerció control de legalidad de las mismas, tal como corresponde de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, ninguna de las partes ni el ministerio público objetaron el trámite procesal adelantado. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

2. ASUNTO DE FONDO

2.1. Problema jurídico.

La Sala encuentra que los problemas jurídicos, se concretan en los siguientes cuestionamientos:

¿Se configuró la cosa juzgada respecto de la pretensión de reajuste de la asignación de retiro del actor, en virtud de la sentencia judicial proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena?

En el evento de ser negativa la respuesta, ¿Resulta procedente reajustar conforme al IPC la asignación de retiro reconocida al actor en su condición de miembro de la fuerza pública?

Acorde con lo anterior, ¿hay lugar o no a declarar la nulidad del acto administrativo acusado, en virtud del cual se negó dicho reajuste?

Para efectos de resolver los problemas jurídicos anteriores, es menester atender el siguiente marco normativo y jurisprudencial, en materia de reajuste de la asignación de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares.

2.2. Marco normativo y jurisprudencial.

2.2.1 De la cosa Juzgada.

En sentencia C- 522 de 2009 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, en torno a la cosa juzgada como institución jurídica se dijo con fuerza vinculante:

“En su sentido más simple, y según lo plantean de manera concordante la doctrina y la jurisprudencia, tanto locales como foráneas, la cosa juzgada es una cualidad inherente a las sentencias ejecutoriadas, por la cual aquéllas resultan inmutables, inimpugnables y obligatorias, lo que hace que el asunto sobre el cual ellas deciden no pueda volver a debatirse en el futuro, ni dentro del mismo proceso, ni dentro de otro entre las mismas partes y que persiga igual objeto...”

(...) “El fin primordial de este principio radica en impedir que la decisión en firme sea objeto de nueva revisión o debate, o de instancias adicionales a las ya cumplidas, o que se reabra el caso judicial dilucidado mediante el fallo que reviste ese carácter, con total independencia de su sentido y alcances, dotando de estabilidad y certeza las relaciones jurídicas y dejando espacio libre para que nuevos asuntos pasen a ser ventilados en los estrados judiciales.” (Sentencia C-543 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo).

La cosa juzgada es una institución ampliamente conocida y aceptada, más allá de las grandes diferencias existentes entre los sistemas jurídicos de distintos Estados, que según lo explican las mismas doctrina y jurisprudencia, responde a la necesidad social y política de asegurar que las controversias llevadas a conocimiento de un juez tengan un punto final y definitivo, a partir del cual la sociedad pueda asumir sin sobresaltos la decisión así alcanzada.”

De acuerdo con lo anterior y con la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la materia, es válido concluir que para que se configure cosa juzgada en asuntos judiciales, deben presentarse las siguientes características:

- ✓ **Identidad de partes:** al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculados y obligados por la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada.
- ✓ **Identidad de causa:** frente a la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben presentarse los mismos fundamentos o hechos como sustento.
- ✓ **Identidad de objeto:** la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. A su vez, se presenta también cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Finalmente, se entiende que existe identidad de objeto sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.

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

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 1993², pues a pesar de que en su artículo 279 ibídem excluye de su aplicación a este personal, la Ley 238 de 1995 que adiciona el 279 de la misma disposición normativa elimina dicha exclusión.

² **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".

Al respecto, en sentencia de fecha 9 de junio de 2011, el H. Consejo de Estado con ponencia de la Consejera BERTHA LUCIA RAMIREZ 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 GARCIA 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, sí 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 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 sí 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 oportunidades³ 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 /93,⁴ 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 Fuerza Pública, a través del artículo 3 [3.13] de la Ley 923 de 2004, el cual

³ Sentencia N 25000 23 25 000 2008 00798 01 (2061-09) Actor Lucía Sánchez de Manrique, Magistrado Ponente Víctor Hernando Alvarado.

⁴ 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.

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 2012⁵, 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.

2.3. El caso concreto.

2.3.1 Hechos relevantes probados.

- Mediante Resolución N° 2289 de 19 de septiembre de 1991 obrante a folios 32 a 35 del expediente se reconoce asignación de Retiro al señor Solangel Acuña Acuña como suboficial jefe de la armada nacional.

- La asignación de retiro del actor en el grado de suboficial jefe ha sido reajustada en virtud de los Decretos expedidos para cada vigencia por el Gobierno Nacional - 122 de 1997, 058 de 1998, 062 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001, 745 de 2002, 3552 de 2003, y 4158 de 2004, etc. según consta en certificado emitido por la Coordinadora del Grupo Gestión Documental de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares obrante a folios 8-9 del expediente -.

⁵ 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 VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

- El accionante solicitó en una primera oportunidad, según obra en autos, el reajuste de su asignación de retiro con base en el IPC, el día 10 de Noviembre de 2008, petición que le fue resuelta mediante oficio CREMIL 67081 de 25 de noviembre de 2008 (folio 29 reverso y 30).

- A folios 67- 71 obra copia de demanda de nulidad y Restablecimiento del derecho formulada por el accionante y radicada ante la oficina de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Cartagena de Indias el 11 de Diciembre de 2008, solicitando la declaratoria de nulidad del oficio CREMIL 67081 de fecha 25 de Noviembre de 2008 aludido y pidiendo que a título de Restablecimiento del Derecho se condenare a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a pagar el incremento correspondiente del año 1998 al 2007, de acuerdo a la variación del IPC y a pagar la diferencia que resultare de las sumas pagadas dentro de dicho periodo y las que se causaren hasta que se produjere el pago.

- A folios 74 a 92 del expediente obra copia de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, de fecha 15 de noviembre de 2011, donde se niegan las pretensiones de la demanda aludida en el inciso anterior por haberse probado la excepción de prescripción del derecho de las mesadas reclamadas.

- Dicha sentencia fue notificada por edicto el día 30 de mismo mes y año, desfijado el 2 de diciembre de 2011, tal cual consta en folio 93 del expediente, sin que fuera recurrida por el demandante.

-Posteriormente, mediante petición del 10 de Agosto de 2012 (folio 36) radicada el 21 de esos mismos mes y año, el hoy actor nuevamente acudió ante la hoy demandada, a solicitar el reajuste de su asignación con el IPC desde 1997, solicitud que fue resuelta mediante oficio CREMIL 67796 de 20 de septiembre indicando que no se accede a la misma por no existir precedente judicial del H. Consejo de Estado que unificara posición sobre el derecho a dicho reajuste e indicando que se estaba estudiando la

posibilidad de una formula conciliada.

-Ese Oficio CREMIL 67796 es el acto en relación con el cual se demanda ante este Tribunal el control de legalidad en referencia (folio 7 del expediente).

2.3.2 Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el presente caso, el actor reclama en la demanda y en su recurso de apelación, el reajuste de su asignación de retiro de acuerdo a las variaciones del IPC desde el año 1997 hasta la fecha, por cuanto considera que no existe cosa juzgada por el hecho de que antes le hubiere sido negada judicialmente tal pretensión.

Se sustenta en que no hay identidad de objeto entre la causa juzgada antes y la actual, bajo el entendido que la nulidad que se está demandando ahora es la del acto administrativo Cremil 67796 de 20 de septiembre de 2012 y no la del contenido en el oficio CREMIL 67081 de 25 de noviembre de 2008 sobre la cual se pronunció el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena.

Revisadas las pruebas obrantes en el plenario se tiene que con la demanda formulada ante el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Cartagena se pretendía la nulidad y restablecimiento del derecho del actor, con motivo del oficio **CREMIL 67081 de 25 de noviembre de 2008** que negó el pedido de incremento de su asignación de retiro correspondiente a los años 1998 a 2007. Dicha demanda fue objeto de sentencia denegatoria de las, pretensiones bajo el entendido de que había operado la prescripción trienal del derecho al reajuste (folios 74 a 92).

Ahora bien, en la demanda que da origen a la presente lis, se pretende la nulidad del acto administrativo **Cremil 67796 de 20 de septiembre de 2012**, a través del cual se resuelve por vía administrativa, una nueva petición

radicada por el actor el 21 de agosto de 2012 y dirigida igualmente a obtener a título de restablecimiento, el incremento de su asignación de retiro con base en el IPC desde el año 1997.

En ese orden, es claro que la demanda actual versa sobre un acto administrativo diferente del que fue objeto de estudio de legalidad por parte del Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Cartagena, lo que impide declarar la existencia de la excepción de cosa juzgada, en razón a que no se cumple con el requisito de identidad de objeto.

Es menester precisar, que si bien es cierto que tanto en aquella como en esta ocasión, se pretende la reliquidación de la asignación de retiro con fundamento en la aplicación del IPC, dado que dicha asignación ostenta la naturaleza de prestación periódica, puede solicitarse su efectividad en cualquier tiempo, siendo procedente reconocer el derecho al reajuste del que se sea titular y sin que la negativa judicial anterior, tenga la fuerza de la cosa juzgada material. Ello, independientemente de que opere la prescripción de las mesadas pensionales no reclamadas a tiempo, la cual de operar, debe ser declarada.

Consecuente con lo anterior, al no encontrarse configurada la excepción que fue declarada de oficio por el A quo, procede la Sala a resolver los problemas jurídicos restantes:

i) ¿Resulta procedente reajustar conforme al IPC la asignación de retiro reconocida al actor en su condición de miembro de la fuerza pública?

ii) ¿Hay lugar o no a declarar la nulidad del acto administrativo acusado, en virtud del cual se negó dicho reajuste?

Al respecto, se tiene que de los hechos que resultaron probados en el expediente y de la lectura del acto acusado, se puede inferir que al demandante le fueron aplicados los Decretos 1211 de 1990 y 4433 de 2004, para reajustar su asignación de retiro y no el IPC, y en tal virtud su asignación de retiro se ha visto menguada al no haberse incrementado en el porcentaje que correspondía, lo que da lugar a responder

afirmativamente la pregunta constitutiva del segundo problema jurídico. Como consecuencia de lo anterior, están dados los supuestos para declarar la nulidad del acto acusado, por infringir las normas materia de análisis en el marco normativo y jurisprudencial arriba trazado.

En efecto, la decisión de la entidad accionada contenida en el oficio cuyo control se demanda, desconoció que frente a la asignación de retiro, el demandante tenía derecho a que se le reajustara con base en el IPC en los años que le resultara más favorable frente al principio de oscilación que contempla el régimen especial. Así, como se explicó en el marco jurídico de esta sentencia, si bien los miembros de la Fuerza Pública se encuentran excluidos de la aplicación del sistema general de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1.993, tal exclusión no comprende el beneficio relacionado con el derecho al reajuste de las pensiones conforme al artículo 14 – IPC-, pues por disposición directa de la Ley 238 de 1995 – que comenzó a regir el 26 de Diciembre del mismo año-, tenían derecho a beneficiarse de la misma.

En consecuencia, con fundamento en los anteriores argumentos y atendiendo que asiste razón al recurrente en su pedido, se revocará la sentencia de fecha 16 de diciembre de 2013 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena y, en su lugar, se anulará el acto acusado y se accederá a la pretensión de restablecimiento del derecho, ordenando la reliquidación de la asignación del actor a partir del año 1997 por haberlo pedido así en su demanda y hasta el 31 de diciembre de 2004, con base en el Índice de Precios al Consumidor (Certificado por el DANE en el año inmediatamente anterior) a que se refiere el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 cuando éste haya sido superior al incremento anual realizado por la entidad demandada.

Es de aclarar, que el hecho de que se acceda a la reliquidación de la base pensional con fundamento en el IPC, hace que tal monto se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro en forma ininterrumpida, pues las diferencias reconocidas a la base pensional sí deben ser utilizadas para

la liquidación de las mesadas posteriores; concluyendo que si la base pensional se ha ido modificando con ocasión de la aplicación del IPC, es claro que necesariamente este incremento incide en los pagos futuros.

No obstante lo anterior, de oficio se declarará la prescripción de las diferencias de las mesadas que deben reconocerse con ocasión del reajuste, para lo cual se aplicará la prescripción cuatrienal prevista en el Decreto 1211 de 1990, que rige para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

En ese sentido, como quiera que la petición de reajuste y pago de la asignación de retiro con base en el IPC, que generó la expedición del acto a anular, fue radicada en la entidad el día 21 de agosto de 2012, sólo procede el pago de las diferencias que resulten entre el reajuste reconocido con base en el principio de oscilación y lo que debe reconocerse de acuerdo a los Índices de Precios al Consumidor, a partir del 21 de agosto de 2008 y hacia futuro, pues, las diferencias anteriores a esta fecha se encuentran prescritas. No sobra resaltar, que si bien están prescritas las diferencias anteriores al 21 de agosto de 2008 y, por tanto no se pagarán al actor, sí deben tenerse en cuenta para reajustar su asignación de retiro.

En suma, el restablecimiento del derecho se ordenará con los alcances que a continuación se exponen:

Reliquidación pensional.

A título de restablecimiento del derecho, se CONDENARÁ a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a: 1) Reliquidar la asignación mensual de retiro del señor SOLANGEL ACUÑA ACUÑA, a partir del año 1997 como lo deprecó en la demanda y hasta 2004, con base en el Índice de Precios al Consumidor (Certificado por el DANE en el año inmediatamente anterior) a que se refiere el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 cuando éste haya sido superior al incremento anual realizado por la entidad demandada. 2) Pagar al demandante la diferencia que resulte entre la reliquidación antes

ordenada y las sumas canceladas por concepto del incremento anual de la asignación de retiro, pago que deberá hacerse a partir del 21 de agosto de 2008 y hacia futuro, porque el hecho de que se acceda a la reliquidación de la base pensional con fundamento en el IPC, hace que tal monto se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro en forma ininterrumpida, pues las diferencias reconocidas a la base pensional sí deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores; concluyendo que si la base pensional se ha ido modificando con ocasión de la aplicación del IPC, esos incrementos inciden en los pagos futuros. El reajuste del valor se hará en los términos del Art. 187 del C.P.A.C.A y de acuerdo a la fórmula sentada para estos eventos por el Consejo de Estado, en donde,

$$R = RH \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la correspondiente partida de saldo de reajuste pensional dejado de pagar por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (Vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago). Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

Prescripción del derecho.

Declarar la prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 21 de agosto de 2008.

Intereses.

En el evento de que se presenten los supuestos de hecho previstos en el artículo 195 del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo se pagarán intereses.

Cumplimiento de la sentencia.

La sentencia se cumplirá en los términos del artículo 192 del nuevo código de procedimiento administrativo profiriendo decisión motivada.

2.3.3 Condena en costas en segunda instancia.

Por haberse resuelto de forma favorable el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, no hay lugar a imponer condena en costas en segunda instancia.

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha dieciséis (16) de diciembre de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ejercido por SOLANGEL ACUÑA ACUÑA contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, conforme a las razones expuestas en la presente providencia. En su lugar se dispone:

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del Oficio CREMIL 67796 del 20 de septiembre de 2012, proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

TERCERO: CONDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a:
1) Reliquidar la asignación mensual de retiro del señor SOLANGEL ACUÑA ACUÑA, a partir del año 1997 como lo deprecó en la demanda y hasta 2004, con base en el Índice de Precios al Consumidor (Certificado por el DANE en el año inmediatamente anterior) a que se refiere el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 cuando éste haya sido superior al incremento anual realizado por la entidad demandada. 2) Pagar al demandante la diferencia que resulte entre la reliquidación antes ordenada y las sumas canceladas por concepto del incremento anual de la asignación de retiro, pago que deberá hacerse a partir del 21 de agosto de 2008 y hacia futuro

porque el hecho de que se acceda a la reliquidación de la base pensional con fundamento en el IPC, hace que tal monto se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro en forma ininterrumpida, pues las diferencias reconocidas a la base pensional sí deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores; concluyendo que si la base pensional se ha ido modificando con ocasión de la aplicación del IPC, esos incrementos inciden en los pagos futuros.

El reajuste del valor se hará en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A y de acuerdo con la fórmula descrita en la parte motiva.

CUARTO: Declarar la prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 21 de agosto de 2008.

QUINTO: Denegar las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Sin lugar a imponer condena en costas.

SÉPTIMO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


HIRINA MEZA RHÉNALIS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
(Ausente por comisión de servicios)


JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO