



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, nueve (09) de junio de dos mil veintiuno (2021)

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2019-00246-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAFAEL SILVA BARRERA
DEMANDADO: CREMIL

ASUNTO

Procede el Despacho a dictar sentencia, sin que se observe nulidad que invalide lo actuado dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por RAFAEL SILVA BARRERA en contra de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL –, radicado con el No. 73-001-33-33-004-2019-00246-00.

1. PRETENSIONES.

A través de apoderado, la parte demandante solicita (Fls. 5 y 6)

I. DECLARACIONES Y CONDENAS:

- 1) Se declaren las nulidades de los **ACTOS ADMINISTRATIVOS OFICIOS Nos. 211 CONSECUTIVO 2015 - 2361, DE FECHA 20 DE ENERO DE 2015, No. 211 CONSECUTIVO 2016 - 21567, DE FECHA 20 DE ENERO DE 2015 y OFICIO No. 211 CONSECUTIVO 2017 - 12217, DE FECHA 10 DE MARZO DE 2017**, proferidos por la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL"**, a través de los cuales negaron al actor de este proceso, las solicitudes expuestas a continuación:
 - 1.1. La **RELIQUIDACIÓN Y REAJUSTE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO** de mi poderdante, reconocida por la entidad demandada mediante la **RESOLUCIÓN No. 366 DEL 28 DE FEBRERO DE 1990**, dando aplicación a la **ESCALA GRADUAL SALARIAL PORCENTUAL Y EL ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR I.P.C.**, aplicando para los reajustes pensionales, lo establecido en el **ARTÍCULO 14 DE LA LEY 100 DE 1993**, para los **AÑOS: 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004**, a los que tiene derecho de conformidad con lo dispuesto en el **Art. 1 DE LA LEY 238 DE 1995**.
 - 1.2. Consecuencialmente de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho, **SE CONDENE A LA ENTIDAD DEMANDA EN: EL RECONOCIMIENTO Y REAJUSTE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO** a mi Mandante, adicionándole los respectivos porcentajes de la diferencia existente entre: **EL INCREMENTO AUMENTADO A LA CORRESPONDIENTE ASIGNACIÓN DE RETIRO APLICANDO LA ESCALA GRADUAL SALARIAL PORCENTUAL Y EL ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR (I.P.C.), DE CONFORMIDAD CON EL ARTICULO 14 DE LA LEY 100 DE 1993**, cuya normatividad señala lo correspondiente al incremento anual de las pensiones, en un porcentaje igual al índice de precios al consumidor (I.P.C.) del año anterior en los años relacionados en el numeral anterior.
- 2) Que las **CONDENAS** que se solicitan, **SE LES DE CUMPLIMIENTO DENTRO DEL TÉRMINO ESTABLECIDO** en el Artículo 192 Inciso 1 de la ley 1437 de 2011 y la efectividad de las mismas, se cumpla conforme a lo establecido en el Artículo 195 de la ley 1437 de 2011.
- 3) Que una vez **VENCIDO EL TÉRMINO DE LOS DIEZ (10) MESES** de que trata el inciso 2 del Artículo 192 de la ley 1437 de 2011, o el de los cinco (5) días establecidos en el numeral 3 del Artículo 195 de esta misma ley, lo que ocurra primero, sin que **CREMIL**, haya efectuado el pago efectivo de la condena a favor de mi Mandante, se le reconozca y pague a su favor, **INTERESES MORATORIOS** a la **TASA MAXIMA**, certificados por la Superintendencia Financiera.
- 4) Que se sirva **EFFECTUAR LA RESPECTIVA AJUSTE e INDEXACIÓN** desde **1 ENERO DE 1997** y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la respectiva sentencia, **CONFORME A LO ORDENADO EN EL ARTÍCULO 48 DE NUESTRA CARTA MAGNA**, en su inciso 5 que dice: "la ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante." y al artículo 187 inciso 3 de la ley 1437 de 2011 "las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustaran tomando como base el índice de precios al consumidor". **CERTIFICADO POR EL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA - DANE VIGENTE EN LA FECHA DE EJECUCIÓN DE ESTA PROVIDENCIA.**
- 5) Que se condene en **COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO**, a **CREMIL. (ART. 188 ley 1437 / 2011).**

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2019-00246-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAFAEL SILVA BARRERA
DEMANDADO: CREMIL

2. HECHOS

Se establecen como hechos relevantes dentro del medio de control los siguientes (Fls. 6 a 9):

1. Que mediante resolución No. 0366 del 28 de febrero de 1990, se reconoció por parte de la entidad demandada, asignación de retiro al señor RAFAEL SILVA BARRERA.
2. Que durante los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, la asignación de retiro del señor Silva Barrera fue reajustada en un porcentaje inferior al IPC del año inmediatamente anterior, con lo cual se transgredió entre otras el artículo 48 de la Constitución Política y el artículo 1° de la Ley 238 de 1995.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 103 y ss)

La entidad demandada en su contestación, manifestó que a la solicitud presentada por el demandante se le dio respuesta negativa con el consecutivo 2016-21567 del 7 de abril de 2016, acto administrativo que fue demandado ante la jurisdicción contenciosa administrativa, proceso que se tramitó en el Juzgado Octavo Administrativo.

Que mediante Resolución No. 1163 del 14 de marzo de 2011, se dio cumplimiento a la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Ibagué, donde se incrementó la asignación mensual de retiro con base en el IPC y se ordena el pago de los valores, con fundamento en el expediente del demandante.

Igualmente, refiere 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; por tanto, al pertenecer los miembros de la Fuerza Pública a un régimen especial, este régimen contempla el hecho de que las asignaciones de retiro (pagadas a militares retirados) deben reajustarse anualmente de acuerdo a las variaciones que se introduzcan en las asignaciones pagadas a los militares que se encuentren en servicio activo de acuerdo con cada grado, de conformidad con el principio de oscilación, el cual es asimilable al principio del poder adquisitivo de pensiones.

Considera, que el precitado principio de oscilación, únicamente es aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y su objetivo es mantener el poder adquisitivo de la asignación de retiro y preservar el derecho a la igualdad entre militares en actividad y en retiro, y su desconocimiento provocaría una descompensación injusta e ilegal en contra del personal activo, cuyos salarios son reajustados anualmente por el Gobierno Nacional.

Así mismo, para enervar las pretensiones, propuso la excepción de "COSA JUZGADA y PRESCRIPCIÓN".

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2019-00246-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAFAEL SILVA BARRERA
DEMANDADO: CREMIL

4. ACTUACIÓN PROCESAL

Presentado el proceso ante la Oficina Judicial el día 12 de junio de 2019 (fol. 3), correspondió por reparto a este Juzgado, el que mediante auto de fecha 10 de septiembre de 2019, admitió la demanda (Fls. 94 y 95).

Notificadas las partes, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Fls. 99 a 101) dentro del término de traslado, la demandada contestó la demanda. (Fls. 103 y ss).

Mediante providencia del 14 de septiembre de 2020, se fijó fecha para adelantar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A., la cual se celebró el 25 de septiembre de ese mismo año, en esta diligencia se declaró no probada la excepción previa de cosa juzgada propuesta por el apoderado judicial de la entidad demandada, agotándose la totalidad de sus instancias en legal forma (documento 009 cuaderno principal del expediente digitalizado) y se prescindió de la audiencia de pruebas, en razón a que las únicas decretadas fueron de carácter documental, de las cuales una vez allegadas se corrió traslado a las partes.

Luego, mediante auto del 29 de abril de 2021, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus alegatos de conclusión (documento 014 cuaderno principal del expediente digitalizado), término durante el cual las partes se pronunciaron en los siguientes términos:

5. ALEGATOS DE LAS PARTES

5.1. PARTE DEMANDANTE

Reiteró los argumentos de la demanda, y solicitó que se acceda a las pretensiones con fundamento en la jurisprudencia existente sobre la materia.

5.2. PARTE DEMANDADA- CREMIL

Se ratificó en los argumentos de la contestación de la demanda y solicitó se nieguen las pretensiones de la misma.

CONSIDERACIONES

1. Competencia.

El Juzgado es competente para conocer y fallar en primera instancia el presente medio de control, conforme a lo dispuesto en la cláusula general de competencia establecida en el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 así como en el numeral 2º del artículo 155 y en el numeral 1º del artículo 156 del precitado estatuto procesal.

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2019-00246-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAFAEL SILVA BARRERA
DEMANDADO: CREMIL

CUESTION PREVIA

Considera el despacho pertinente indicar lo que se señaló en el curso de la Audiencia Inicial celebrada en el presente asunto respecto a la excepción de Cosa Juzgada planteada por el extremo demandado, negándola con base en los siguientes argumentos:

“El artículo 189 del Código Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo preceptúa respecto a los efectos de la sentencia lo siguiente:

Art. 189.- *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 causa petendi juzgada. (...)

Por su parte el artículo 303 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 306 del C.P.A.C.A., establece:

“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.** (...) (Resalta del Juzgado)*

Se debe recordar que, el concepto de cosa juzgada que se predica de las sentencias, hace referencia a que las mismas en el momento de encontrarse ejecutoriadas, pasan a ser imperativas, son susceptibles de cumplirse coercitivamente y son inmutables, es decir, que no pueden ser variadas.

La figura de la cosa juzgada, tiene su fundamento en la seguridad jurídica que debe brindarse a las partes dentro de un litigio en el marco de un Estado Social de Derecho, decisión que como ha establecido por la jurisprudencia, asegura la resolución pacífica, coercitiva y definitiva de un conflicto y, de otra, impide que se produzcan decisiones judiciales contradictorias que violen el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

Ahora bien, los tres presupuestos requeridos para que una decisión alcance el valor de cosa juzgada, a saber: 1) identidad de objeto, 2) identidad de causa petendi y 3) identidad de partes, se configuran en el caso concreto, como pasa a explicarse.

1) Identidad de objeto.

Este elemento hace relación a la igualdad que debe existir en la pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada, y se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2019-00246-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAFAEL SILVA BARRERA
DEMANDADO: CREMIL

cosas o sobre una relación jurídica, presupuesto que se configura en el caso de estudio pues, revisada la presente demanda y comparada con la sentencia emitida el 25 de marzo de 2010, por parte del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Ibagué, obrantes a folios 41 y ss del expediente, se constata con certeza que lo pretendido en ambos procesos es **el reajuste de la asignación de retiro del señor RAFAEL SILVA BARRERA, con base en el IPC, durante los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004,** conforme al artículo 1° de la Ley 238 de 1995.

II) Identidad de causa

Se predica la existencia de este requisito a partir de la simetría que debe existir entre los fundamentos de hecho de los procesos, lo cual se configura en el caso bajo estudio, teniendo en cuenta que tanto en la demanda que se tramitó ante el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Ibagué, como en la que se adelanta a través del presente medio de control se invocaron como supuestos fácticos el hecho de que el señor SILVA BARRERA disfruta de asignación de retiro la cual, ha sido reajustada con base en el principio de oscilación, desconociendo lo previsto en el artículo 1° de la Ley 238 de 1995 y los artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993, toda vez que durante los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, ese incremento resulto ser inferior al IPC, configurándose claramente en tal sentido el segundo de los elementos necesarios para predicar la existencia de la cosa juzgada.

III) Identidad de partes

Este requisito, que se refiere a que deben concurrir las mismas partes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada, se encuentra configurado en el sub examine, en la medida en que CREMIL y el señor RAFAEL SILVA BARRERA, fungieron como partes dentro del proceso ordinario adelantado ante el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Ibagué bajo el radicado **2009-00006** y que terminó con sentencia del 25 de marzo de 2010, en la que además se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda. Dentro del presente medio de control, encontramos así mismo que son los mismos extremos quienes concurren a la actuación, satisfaciéndose así los presupuestos exigidos para configurar de manera plena la excepción previa de cosa juzgada.

Sin embargo, en este caso se configura lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado como una excepción a la cosa juzgada o un hecho nuevo, en el entendido de que si bien, las pretensiones del actor en ambos procesos se apoyan en las mismas normas, para esta segunda oportunidad ya estaba en práctica un hecho nuevo e importante, en materia del reajuste a las asignaciones de retiro de los ex miembros de la Fuerza Pública como lo fue en su momento, y en la actualidad, la política pública de conciliación en materia del reconocimiento del IPC para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, en cuanto impactan la base de liquidación de las mesadas, que de acuerdo a la prescripción cuatrienal, tenía derecho a reclamar el demandante accionante.

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2019-00246-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAFAEL SILVA BARRERA
DEMANDADO: CREMIL

De esta manera, el Despacho, dando aplicación al principio de favorabilidad, considera que no es procedente la declaratoria de la cosa juzgada, dadas las características de imprescriptibilidad e irrenunciabilidad que reviste el derecho a la seguridad social, concretamente en lo que tiene que ver con reliquidación y reajuste de mesadas pensionales, por lo que se considera que es viable el adelantamiento y continuación de este proceso, bajo el entendido de que las pretensiones, en caso de ser despachadas favorablemente al actor, **solamente comprenderán las mesadas pensionales que fueron causadas con posterioridad a la firmeza de la sentencia que negó la reliquidación o el reajuste y únicamente si en caso de prosperar las pretensiones se evidencia que existe derecho al reajuste entre el año 1997 y 2003, por cuanto a partir del año 2004 -09 de abril- se reconoce el derecho al reajuste sobre las mesadas pensionales.**

La anterior postura guarda consonancia con lo determinado el H. Consejo de Estado en diversos pronunciamientos de la Sección Segunda, en procesos ordinarios y también en sede de tutela, en los que precisamente ha dado prelación a la aplicación del principio de favorabilidad, señalando que es ésta la interpretación que más se adecúa al mandato constitucional que señala la imprescriptibilidad e irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social¹”

2. Problema Jurídico.

En armonía con la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, debe el Despacho determinar si, *¿ el demandante tiene derecho a que la Entidad demandada le reajuste su asignación de retiro, dándole aplicación a la escala gradual salarial porcentual y al IPC, aplicando para tal efecto lo previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, para los años 1997, 1999, 2001, 2002 y 2003, conforme al artículo 1° de la Ley 238 de 1995 o si por el contrario, los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho?*

3. Acto Administrativo Demandado

Se demandan los oficios No. 211 consecutivo 2015-2361 del 20 de enero de 2015; 2011 consecutivo 2016-21567 del 7 de abril de 2016 y 2011 consecutivo 2017-12217 del 10 de marzo de 2017, por medio de los cuales se resolvieron las peticiones presentadas por el actor, en relación con el reajuste de la asignación de retiro con base en el IPC.

¹ Al respecto se citan las siguientes decisiones: Auto de 18 de septiembre de 2017, Sección Segunda, Subsección "A" del Consejo de Estado, expedientes 2886-2014, 4538-2014, 2179-2014, 4937-2014, 2739-2014, 2419-2014 y 2423-2014, M. P. Gabriel Valbuena Hernández; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", M.P.: Gabriel Valbuena Hernández, auto de 26 de octubre de 2017, radicado No: 11001-03- 25-000- 2014-00673- 00 (2082-2014); Sección Segunda, Subsección "A" del Consejo de Estado, M.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas, auto de 7 de diciembre de 2017, radicado N?: 11001-03-25-000-2014-00403-00(1287-14), 11001-03-25-000-2014-00652- 00(2040-14),11001-03-25-000-2014-00690-00(2137-14), 11001-03-25-000-2014-00695-00(2142-14),11001-03- 25-000-2014-00705-00(2182-14),11001032500020140072500(2259-014), y finalmente la Sentencia del 28 de noviembre de 2018. C.P. Sandra Jeannette Carvajal Basto, Exp-2018-02898 AC

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2019-00246-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAFAEL SILVA BARRERA
DEMANDADO: CREMIL

4. Tesis del Juzgado.

Es procedente el reajuste y reliquidación de la asignación de retiro que percibe el demandante, teniendo en cuenta el incremento con fundamento en el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, únicamente para los años que le resulte más favorable, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 1º de la Ley 238 de 1995. Se deberá tener en cuenta además lo ya reconocido en sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de esta ciudad en data 25 de marzo de 2010.

5. Fundamentos de la Tesis del Despacho.

Previo a abordar el estudio de fondo del asunto sometido a decisión, considera el Despacho pertinente efectuar un análisis del marco Constitucional, Legal y Jurisprudencial del Reajuste y Reliquidación de la asignación de retiro de los Miembros de la Fuerza Pública.

De acuerdo con las previsiones del artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política de Colombia, al Congreso le corresponde dictar las normas generales y precisar en ellas, los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional, para fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública. Por tanto, y en desarrollo del referido mandato, se expidió la Ley 4ª de 1992, en cuyo artículo 1º, literal d), el Congreso dispuso que el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esa Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

En virtud de lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1211 de 1990, en cuyo artículo 169 dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 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.”

En contraste con lo anterior, respecto del reajuste de las pensiones ordinarias, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, señala:

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2019-00246-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAFAEL SILVA BARRERA
DEMANDADO: CREMIL

“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 Gobierno.”*

Es decir, que dependiendo del régimen que cobije al detentor de una pensión o asignación de retiro, así mismo se calcularía el incremento anual de sus respectivas mesadas.

En consonancia con lo hasta ahora expuesto, el artículo 279 de la misma Ley 100 de 1993, plasmó expresamente las excepciones a la cobertura de las prerrogativas consagradas para el Sistema Integral de Seguridad Social contenido en dicha Ley, precisando que éstas no se aplicarían, entre otros, a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal civil que presta sus servicios en el Ministerio de Defensa, la Policía Nacional y en la Justicia Penal Militar y su Ministerio Público, con excepción de aquel que se vincule a partir de su vigencia.

Posteriormente, el Congreso de la República profirió la Ley 238 de 1995², mediante la cual adicionó un párrafo a la disposición en cita, zanjando la disparidad referida, en el sentido de precisar que los regímenes exceptuados por dicha norma, no podían verse excluidos de los beneficios y derechos contemplados en los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993, para los pensionados de los sectores allí contemplados. Por lo tanto, a partir de ese momento, el personal en uso de retiro de la Fuerzas Militares y la Policía Nacional, así como los civiles que prestaron sus servicios al Ministerio de Defensa, a la Justicia Penal Militar o a su Ministerio Público, tuvieron el derecho al pago de la mesada adicional en el mes de junio de cada año y al reajuste anual de su asignación de retiro de conformidad con el IPC certificado por el DANE durante el año inmediatamente anterior.

Precisado lo anterior, resulta oportuno proceder a dar solución al problema jurídico que en líneas superiores fue delimitado y que radica en la forma como se ha reajustado y se debe reajustar la pensión del demandante, toda vez que, el método utilizado es el llamado “principio de oscilación”, en virtud del cual las pensiones otorgadas, se incrementan en el mismo porcentaje que las asignaciones de los miembros que se encuentran en actividad, como lo preveía el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 y que ahora mantiene el Decreto 4433 de 2004 que en su artículo 42 precisa:

“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.*

² Por la cual se adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2019-00246-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAFAEL SILVA BARRERA
DEMANDADO: CREMIL

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.”

Es claro para esta instancia judicial, al igual que lo ha reiterado la Jurisprudencia de nuestra jurisdicción contenciosa, que el método descrito constituye una prerrogativa para los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional; sin embargo, no puede señalarse que sea el más favorable, si se tiene en cuenta que por la situación económica del país, eventualmente puede que éste resulte inferior al índice de precios al consumidor, es decir, que existe la posibilidad que en algunos años éste aumento sea inferior al del IPC, produciéndose un detrimento económico en las asignaciones de retiro y pensiones de los uniformados.

La evolución de éste tema se ha venido dando en marcada jurisprudencia de nuestros Tribunales, siendo ratificada por el máximo órgano de cierre de esta Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo³, entre otras, en sentencia de la Sección Segunda, con fecha 17 de mayo de 2007, proferida dentro del expediente identificado con el radicado No. 25000-23-25-000-2003-08152-01⁴, de tal suerte que, hasta hace un tiempo, se consideró que encontrándose los miembros de la Fuerza Pública cobijados por un régimen especial, no era posible aplicarles el régimen general en lo favorable, pues dicha mixtura implicaría, en primer lugar, una afectación al derecho a la igualdad de los servidores sometidos al régimen general que no tendrían opción de ver mejorados sus derechos, sino a través de una reforma normativa, y en segundo lugar, porque ello implicaría el desconocimiento al principio de inescindibilidad.

No obstante, fue el mismo legislador a través de la Ley 238 de 1995, quien dispuso la aplicación parcial de las normas generales, cuando en determinadas circunstancias resulten más favorables a los beneficiarios de regímenes especiales o cuando sus disposiciones produzcan un desmejoramiento de los derechos laborales y prestacionales.

De esta forma, forzoso es colegir que a partir de la vigencia de dicha Ley, los pensionados de los sectores excluidos en un principio por la Ley 100 de 1993, tienen derecho a que se les reajusten sus pensiones con base en el Índice de Precios al Consumidor, es decir, que pese a la primacía del régimen especial sobre el general, las pensiones señaladas y reconocidas bajo el imperio de normas especiales, pueden

³ Consejo de Estado- Sección Segunda- Sentencia del 17 de mayo de 2007. Radicación 25000-23-25-000-2003-08152-01. Actor: José Jaime Tirado Castañeda. Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

⁴ “No existe la menor duda en el sentido de que bajo los mandatos del artículo original 279 de la ley 100 de 1993 los pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional no eran acreedores del reajuste de sus pensiones como lo dispone el artículo 14 de aquella, vale decir, teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, sino como lo disponía el decreto 1212 de 1990, o sea mediante la oscilación de las asignaciones de los miembros de la Policía Nacional en actividad.

Pero, la ley 238 de 1995, adicionó el artículo 279 de la ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:

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

Lo cual quiere significar que a partir de la vigencia de la ley 238 de 1995, el grupo de pensionados de los sectores excluidos de la aplicación de la ley 100 de 1993, si tienen derecho a que se les reajuste sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE como lo dispuso el artículo 14 de la última, y a la mesada 14 en los términos del artículo 142 ibídem...”

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2019-00246-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAFAEL SILVA BARRERA
DEMANDADO: CREMIL

incrementarse por los métodos descritos en los artículos 14 y 142, por expresa disposición de la ley.

Efectivamente sobre el tema, la Sección Segunda Subsección “B” del Consejo de Estado en sentencia de fecha 21 de agosto de 2008, señaló⁵:

“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.”

Significa lo anterior, que sin desconocer el principio de inescindibilidad del régimen especial que rige a la Fuerza Pública, a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995, las prerrogativas en mención no pueden ser desconocidas a los Miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en aplicación del principio de favorabilidad, disponiéndose en todos estos pronunciamientos que el ajuste de las asignaciones de retiro a partir del año de 1995, debía hacerse con fundamento en el I.P.C. que certifique el DANE, pero tan sólo hasta el año de 2004, toda vez que mediante el artículo 3 de la Ley 923 de 2004, reglamentado a su vez por el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, el Legislador retornó al sistema de oscilación como fórmula aplicable para calcular el incremento de las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública; en consecuencia, el reajuste con base en el IPC solamente procedía hasta el 31 de diciembre de 2004.

Así lo anunció el H. Consejo de Estado:

“En ese orden, el ajuste de las asignaciones de retiro a partir del año de 1995 deberá hacerse con fundamento en el I.P.C. que certifique el DANE; fórmula aplicable hasta el año de 2004, en razón de que el propio Legislador volvió a consagrar el sistema de oscilación como la forma de incrementar las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, a través del 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 los siguientes términos:

“Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.

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

⁵ Consejo de Estado- Sección Subsección B- Sentencia del 21 de agosto de 2008. Consejero Ponente. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00389-01(0663-08)Actor: Gustavo García Acosta Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2019-00246-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAFAEL SILVA BARRERA
DEMANDADO: CREMIL

Con fundamento en los argumentos transcritos, la Sala encuentra acertada la decisión del Tribunal, en cuanto ordenó el ajuste de la asignación de retiro del actor con base en el I.P.C. certificado por el DANE, tal como está previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 desde el 18 de octubre de 2002, por haber acaecido el fenómeno de la prescripción. Sin embargo, la Sala considera oportuno adicionar dicha decisión en el sentido de ordenar que el reajuste se haga hasta el 31 de diciembre de 2004, por cuanto, como quedó explicado, tanto el Legislador como el Ejecutivo previeron nuevamente para los miembros de la Fuerza Pública el sistema de oscilación, como fórmula especial de ajuste de las asignaciones de retiro.”

Debe además recordarse que en data 26 de septiembre de 2012 la Sección Segunda del Consejo de Estado tomó una importante determinación a la hora de reconocimiento del derecho en mención, estableciendo:

“La prescripción cuatrienal es una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley le otorga, lo que supone la evidencia de la exigibilidad y una inactividad injustificada del titular del derecho en lograr su cumplimiento.

En ese orden, como la petición en vía gubernativa se formuló por el actor el 9 de febrero de 2010, los derechos causados con anterioridad al 9 de febrero de 2006 se encuentran prescritos de conformidad con el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, tal como lo declaró el a - quo en la sentencia objeto de apelación.

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 folios 9 y 10 de la presente providencia.

Lo anterior teniendo en cuenta que si bien dichas diferencias no pueden ser pagadas por encontrarse prescritas, sí deben ser utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores⁶” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Luego se determinó que el derecho NO prescribe, toda vez que el reconocimiento del derecho tendrá incidencia en la base de liquidación de la mesada. Lo que será susceptible de verse permeado por dicho fenómeno es el derecho a percibir las diferencias ocasionadas.

⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION A. Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, veintiséis (26) de septiembre de dos mil doce (2012), radicación número: 25000-23-25-000-2010-00454-01(0623-12)

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2019-00246-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAFAEL SILVA BARRERA
DEMANDADO: CREMIL

6. Caso Concreto

Encuentra el despacho que, en el cartulario aparece plenamente probado que el demandante, RAFAEL SILVA BARRERA, prestó servicios militares por un espacio de 24 años, 7 meses y 29 días, en el que con el grado de Sargento primero del Ejército Nacional, fue retirado de actividad por solicitud propia.

Fue así, como mediante Resolución No. 0366 del 28 de febrero de 1990 se le reconoció asignación de retiro, efectiva a partir del 1º de marzo de 1990 (folios 30 y 31 del cuaderno principal del expediente digitalizado).

Habiendo efectuado las anteriores precisiones, el Despacho advierte que a través del presente medio de control, el señor Rafael Silva Barrera pretende la declaratoria de nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios No. 211 consecutivo 2015-2361 del 20 de enero de 2015; 2011 consecutivo 2016-21567 del 7 de abril de 2016 y 2011 consecutivo 2017-12217 del 10 de marzo de 2017, por medio de los cuales se resolvieron las peticiones presentadas por el actor, en relación con la reliquidación y reajuste de su asignación de retiro, y con la adición de los porcentajes correspondientes a la diferencia entre lo pagado en aplicación del principio de oscilación y lo dejado de pagar, según los aumentos decretados por el Gobierno Nacional conforme al Índice de Precios al Consumidor (I.P.C.).

Así las cosas, este Despacho considera procedente acceder a lo peticionado por la parte actora, acogiendo el criterio ratificado por el H. Consejo de Estado en los pronunciamientos ya citados, así como también, por el Honorable Tribunal Administrativo del Tolima.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta que lo que prescribe son las mesadas y no el **derecho** al reajuste de la pensión, se declarará la nulidad de los actos administrativos demandados y en consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condenará a CREMIL, **si aún no lo ha hecho**, a reajustar la pensión que disfrutaba el demandante a partir del 1º de enero de 1997 y hasta el 31 de diciembre 2003, aplicando los porcentajes de IPC en tanto resulten más favorables que el principio de oscilación y a pagar las diferencias pensionales resultantes del nuevo ejercicio, a fin de determinar la base de liquidación a partir de 01 de enero de 2005.

Las sumas aquí ordenadas serán reajustadas conforme a los ajustes legales y actualizadas, mes por mes, desde la fecha en que se causó el derecho hasta el momento de la sentencia con aplicación de la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la diferencia insoluta

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2019-00246-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAFAEL SILVA BARRERA
DEMANDADO: CREMIL

de la pensión a que tiene derecho, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Así mismo, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

PRESCRIPCIÓN

El Decreto 1211 de 1990⁷, artículo 174 en cuanto a la prescripción dispone:

“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.”

Es así como, en el presente caso el demandante, para dar origen a los actos administrativos enjuiciados, presentó reclamaciones en las siguientes fechas, **6 de enero de 2015, 14 de marzo de 2016 y 20 de febrero de 2017**, entonces la fecha que se debe tener en cuenta para efectos de determinar el inicio del término de prescripción es el **6 de enero de 2015** por ser la fecha de la primera solicitud; así, a partir de esa fecha se **interrumpe el término de prescripción, sólo por un lapso igual y por una sola vez**, tal como lo dispone el artículo 174 del Decreto al que se hizo alusión.

La demanda se presentó el **12 de junio de 2019**, folio 3 del cuaderno principal del expediente digitalizado.

Ahora, habiéndose presentado la demanda el 12 de junio de 2019, esto es, **cuando habían transcurrido más de 4 años desde la presentación de la primera reclamación, es claro que es a partir de la presentación de la demanda que debe contarse la operancia del fenómeno jurídico de la prescripción**, razón por la cual, las diferencias de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **12 de junio de 2015** están prescritas.

Se concluye entonces, que al demandante deberá reliquidársele su asignación de retiro **desde el 1° de enero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2003**, durante los años en que existió afectación, con base en el Índice de Precios al Consumidor, pero que no tiene derecho a recibir los dineros resultantes de la diferencia entre lo que se pagó y se le debió pagar por haber prescrito ese derecho, hasta **el 12 de junio de 2015**.

⁷ “Por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional.”

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2019-00246-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAFAEL SILVA BARRERA
DEMANDADO: CREMIL

En este punto es importante acotar que el presente fallo solamente comprende “*el análisis de las mesadas pensionales que fueron causadas con posterioridad a la firmeza de la sentencia que negó la reliquidación o el reajuste y únicamente si en caso de prosperar las pretensiones se evidencia que existe derecho al reajuste entre el año 1997 y 2003, por cuanto a partir del año 2004 -09 de abril- se reconoce el derecho al reajuste sobre las mesadas pensionales*”. Siendo ello así, al decantarse que el fallo proferido por el Juzgado Homólogo dentro del proceso de radicado 73001333100820090000600, cobró ejecutoria en data 15 de abril de 2010, y encontrándose que el fenómeno prescriptivo cubre las diferencias causadas con anterioridad al 12 de junio de 2015, es claro que la presente decisión no vulnera la inmutabilidad de la cosa juzgada.

COSTAS

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a lo anterior y atendiendo a que este último cuerpo normativo fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Es así como, el artículo 365 del C.G.P., dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, por lo que sería del caso aplicar este criterio y condenar al pago de las costas procesales al ente demandado por haber resultado como parte vencida; sin embargo, se observa que en este caso se declarará probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada, motivo por el cual, a la luz del numeral 5° del artículo en comento en este asunto no habrá condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLÁRESE la nulidad de los actos administrativos contenidos en el **Oficio No. 2011 consecutivo 2015-2361 del 20 de enero de 2015, Oficio No. 2011 consecutivo 2016-21567 del 7 de abril de 2016 y en el Oficio No. 2011 consecutivo 2017-12217 del 10 de marzo de 2017**, por medio de los cuales se negó la solicitud de reliquidación, reajuste y pago de la asignación de retiro a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: CONDENAR a título de restablecimiento del derecho, a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL-, **si aún no lo ha hecho**, a reajustar la asignación de retiro que percibe el señor RAFAEL SILVA BARRERA, desde el 1° de enero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2003, aplicando los porcentajes de IPC en tanto resulten más favorables que el principio de oscilación y a pagar las diferencias

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2019-00246-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAFAEL SILVA BARRERA
DEMANDADO: CREMIL

pensionales resultantes del nuevo ejercicio, a fin de determinar la base de liquidación a partir de 01 de enero de 2005.

TERCERO: CONDENAR a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL-, **si aún no lo ha hecho**, a reajustar la base de la liquidación con base en las diferencias antes indicadas a partir del 01 de enero de 2005, y a reconocer y pagar las diferencias que surjan de los anteriores reajustes de conformidad con lo considerado, desde el **12 de junio de 2015**, hasta el día en que se incorpore en la asignación de retiro la variación resultante de la aplicación del IPC.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada, respecto a las diferencias de las mesadas causadas, pero no pagadas con anterioridad al **12 de junio de 2015**, de conformidad con lo considerado.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: Las sumas causadas deberán actualizarse de conformidad con lo establecido en el artículo 187 del C.P.A.C.A.; igualmente los intereses serán reconocidos en la forma prevista en el artículo 192 del mismo estatuto. De igual manera, sobre las diferencias liquidadas deberán efectuarse los descuentos legales en materia de salud y demás que sean procedentes.

SÉPTIMO: De no ser apelada esta providencia, se ordena el archivo definitivo del expediente, previo las anotaciones del caso y la comunicación de la presente a la entidad demandada para su ejecución y cumplimiento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO
JUEZA**

Firmado Por:

**SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 4 ADMINISTRATIVO ORAL IBAGUE**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

5fc98191448458b0ea384e1b665d93fc343ee949a0f545f986a2065e91608122

Documento generado en 09/06/2021 04:25:43 PM

RADICADO N°: 73001-33-33-004-2019-00246-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: RAFAEL SILVA BARRERA
DEMANDADO: CREMIL

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>