



**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE
SINCELEJO**

Sincelejo, doce (12) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

JUEZ: TRINIDAD JOSÉ LÓPEZ PEÑA

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado: 70001.33.33.005.2015.00055.00
Demandante: ORLANDO PEREZ AVILA
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS ARMADAS "CREMIL"

ASUNTO A DECIDIR

Se procede a decidir en primera instancia sobre las pretensiones de la demanda formuladas a través del medio de control de Simple Nulidad y restablecimiento del derecho presentado por el señor Orlando Pérez Ávila mediante apoderado judicial, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Armadas "CREMIL".

I. LA DEMANDA

A – PRETENSIÓN:

Se declare la nulidad del acto administrativo Oficio Nro.320-0029060-2013-29060 – Cremil 41705 de junio 11 del año 2013, expedida por la Subdirectora de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, donde se negó al demandante el pago de las diferencias salariales entre lo pagado por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares con base en la Oscilación y lo que debía de haber cancelado con fundamento en el IPC, desde el 24 de mayo de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2004; que se condene al reajuste o incremento de la asignación mensual de retiro, con los porcentaje del índice de precios al consumidor (IPC); , que se condene a pagar el reajuste o incremento de la asignación de retiro con los porcentajes del IPC y a pagar las diferencia salariales (mesadas) , más el pago de los intereses corriente.



B – FUNDAMENTOS DE HECHOS

Los hechos de la demanda narran que el señor Orlando Pérez Ávila prestó sus servicios militares en el Ejército Nacional en la categoría de Suboficial, Sargento Mayor, retirado del servicio activo el 24 de febrero del 2003; que desde el 24 de mayo de 2013 viene recibiendo su asignación mensual de retiro a cargo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, Cremil; que el 22 de mayo del año de 2013, presentó solicitud de pago de las diferencias salariales y el reajuste o incremento de la asignación mensual de retiro, dejados de percibir, ante esto la entidad demandada respondió negativamente a dicha solicitud el 11 de junio de 2013; que de conformidad con lo dispuesto por la ley 238 de 1995 que adicionó el parágrafo 4º al art. 279 de la Ley 100/93 esta nueva norma jurídica ordenó los incrementos anuales pensionales para las personas que se encuentran dentro de las excepciones del art. 279 de la Ley 100/93 entre ellos el personal de la fuerza pública teniendo en cuenta los porcentajes IPC.

C –NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Expresa que la normatividad atinente al pago de los derechos y beneficios de las personas de los Regímenes Especiales, concretamente la 100 de 1993, autorizados por la ley 238 de 1993, los cuales reconocen a los miembros de la fuerza pública el derecho a las pensiones y sus respectivos incremento anual con base en el IPC; los artículo 1, 2, 4, 5, 6, 13, 25, 48, 53, 58, 90, 150 -19, 220 y 229 constitucional, en los que establecen derechos que han venido siendo menguados por la Administración Pública, concretamente los siguientes:

El artículo 279 de la ley 100 de 1993 dispone que en esta ley no se podrá aplicar a los miembros de la fuerza pública, (Ejército, Armada, Fuerza Aérea, y Policía Nacional). Sin embargo la ley 238 de 1995, dispuso una excepción donde no se implica la negación de los derechos determinados en los artículos 14 y 142 de aquella ley para los pensionados del Régimen Especial.

El artículo 14 de la ley 100 de 1993 expresa lo siguiente, reajustes pensionales: *“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 reajustara*



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".

La sentencia N° C – 559 de 2001, en la cual la Corte hace un análisis acerca de la igualdad real y efectiva favor de los grupos discriminados y marginados, refiere que el Estado está obligado a proteger las diferencias que existen entre las personas y los grupos de personas, en las cuales el estado debe crear políticas de igualdad.

II. TRAMITE PROCESAL

A – ADMISIÓN: La demanda fue remitida del Juzgado Tercero Administrativo de descongestión del Circuito de Bogotá, mediante auto de 03 de febrero de 2015, correspondiéndole a este juzgado su conocimiento por reparto efectuado el 19 de marzo de 2015. Posteriormente fue admitida mediante auto de fecha 08 de abril de 2015, notificado por estado electrónico No. 021 de fecha 09 de abril de 2015; al Agente del Ministerio Público y a la entidad demandada se les notificó el día 28 de julio de 2015, a través de mensaje dirigido al correspondiente buzón electrónico de notificaciones judiciales, tal como consta a folios 80 a 83 del expediente.

B – LA CONTESTACIÓN: La entidad demandada, a través de apoderada, expresó que son ciertos todos los hechos relacionados con el reconocimiento de la prestación, la solicitud de reajuste y la respuesta negativa de la entidad. Como razones de la defensa se refirió al régimen especial para miembros de la fuerza pública, la prohibición de variación del régimen de especial, y el principio de sostenibilidad económica.

Como excepciones de fondo propuso: Inexistencia de fundamento jurídico para solicitar reajustes de asignación de retiro conforme al IPC desde el año de 2005, y la previa de prescripción del derecho.



C –AUDIENCIA INICIAL.- La audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, fue convocada mediante auto adiado del dieciocho (18) de abril de dos mil dieciséis (2016), la cual fue aplazada por auto de 30 de junio de 2016, se convocó nuevamente audiencia inicial en auto de fecha de 30 de junio de 2016, celebrada el día dieciocho (18) de julio de dos mil dieciséis (2016), en la que se agotaron las sub.etapas del proceso, tal como consta en la grabación y video que milita a folio 167, así como el acta a folio 150 a 153; se dispuso tener como pruebas las aportadas con la demanda, su contestación, y se escucharon alegatos.

III. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

A.- EL PROBLEMA JURÍDICO. –Consiste en determinar si al demándate señor Orlando Pérez Ávila le asiste el derecho al incremento anual de la asignación de retiro, correspondiente al periodo 2003 y 2004, conforme a los preceptos del artículo 14 de la ley 100 de 1993, es decir aplicando el índice de precios al consumidor – IPC –, o si por el contrario su asignación se encuentra ajustada a derecho.

Para resolver el anterior planteamiento, se estudiarán los siguientes aspectos: I) La asignación de retiro para oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública, II) El reajuste de la asignación mensual de retiro teniendo como base el I.P.C, III) Acervo probatorio, y IV). El caso concreto.

I) La asignación de retiro para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.- La asignación de retiro para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, está contenida en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, que establece el personal cobijado y la forma de actualización. A su vez el art. 169 de ese mismo decreto consagra la oscilación de la asignación de retiro y pensión, que consiste en liquidarlas conforme a las variaciones que se presentan con el personal activo, las cuales no pueden ser inferiores al salario mínimo mensual legal vigente con la salvedad que los 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.



Por otra parte, la Corte Constitucional en sentencia C-432 de 2004 consideró que las asignaciones de retiro, por su naturaleza ostentan la calidad de pensiones de vejez o jubilación para los miembros de la fuerza pública.

II) El reajuste de la asignación mensual de retiro teniendo como base el I.P.C.-

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", M.P Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en sentencia del 4 de septiembre de 2008, Rad. No. 2500 23 25 000 2006 00443 01(0168-08), realizó un análisis referente al incremento de la asignación de retiro, coligiendo que ésta debe ser reajustada de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor o de acuerdo con el principio de oscilación propio del personal en retiro de la fuerza pública; para ello, el despacho citará un aparte del pronunciamiento al respecto de esa Corporación de cierre, como quiera que se trata de un caso idéntico al que nos ocupa, veamos:

[...]Ahora, en relación con el tema objeto de la controversia, esta Corporación se pronunció en sentencia de 17 de mayo de 2007, proferida por la Sala de lo Contencioso administrativo de la Sección Segunda, Magistrado Ponente Dr. Jaime Moreno García, en el expediente 8464-05 Actor: José Jaime Tirado, en donde se dijo:

"(...) 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 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001 y 745 de 2002 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.

(...)

6. La acción, pues, debe prosperar, con prescripción de los derechos causados con anterioridad al 25 de junio de 1999, por prescripción cuatrienal (f.10) según los mandatos del artículo 155 del decreto 1212 de 1990..."



De lo anteriormente transcrito, es claro para la Sala que es más favorable para el actor el reajuste de su asignación con fundamento en el índice de Precios al Consumidor como lo establece la Ley 100 de 1993, por lo que así habrá de decidirse...”

De lo antes expuesto, se logra extraer que al momento de entrar en vigencia la Ley 238 de 1995, los pensionados excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993, tienen derecho al reajuste de su asignación de retiro teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, en la forma dispuesta por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Posición que ha sido reiterada por nuestro Tribunal de Cierre en sentencia de fecha 16 de abril de 2009, radicación No. 25000-23-25-000-2007-00476-01(2048-08) y sentencia de 02 de febrero de 2012, radicación: 11001-03-15-000-2011-01498-00(AC), M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, quien acoge la aplicación de la Ley 238 de 1995, y el principio de favorabilidad laboral, teniendo en cuenta además lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-941 de 2003 que reconoció dicha normatividad como la regulación expresa a la que se refiere lo dispuesto en el art 151 del Decreto 1212 de 1990, y luego el art. 169 del Decreto 1211 de 1990, y por tanto la aplicable al reajuste de pensiones del personal oficial y suboficial. Adicionalmente determinó un límite al derecho de reajuste, con base en el Índice de Precios al Consumidor, de las asignaciones de retiro y pensiones sujetas al régimen especial de la Fuerza Pública, a la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, el cual, en su artículo 42, estableció nuevamente el principio de oscilación para efectos de actualizar las referidas prestaciones.

De lo expuesto, se colige que el aumento del IPC sólo resulta aplicable hasta el año 2004, toda vez 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 art. 3º de la Ley 923 de 2004, el cual fue reglamentado por el artículo 42 del Decreto 4433 del mismo año.

III. Acervo probatorio: Se recaudaron las siguientes pruebas:

- Solicitud de pago de IPC. (Fl. 2).
- Oficio Nro. 320 – 0029060 – 2013 – 29060 – Cremil 41705 de fecha de 11 junio del año 2013. (Fl. 3).



- Copia autenticada de la hoja de servicios militares A.R.C. (Fl. 4 y 5).
- Resolución 1131 del 30 de abril del 2003, por la cual se ordena el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al señor Sub oficial Jefe Técnico ® de la Armada Nacional Orlando Pérez Ávila. (Fl. 6 - 8)
- Cuaderno administrativo del señor Orlando Pérez Ávila. (Fl 97 a 108).

IV). Caso Concreto:

En el asunto, solicita el demandante la declaratoria de Nulidad del oficio No.320 0029060-2013-29060, Cremil 41705 de fecha 11 de junio de 2013, por medio del cual se negó la reliquidación de la asignación de retiro desde el 24 de mayo de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2004.

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, se encuentra acreditado:

Que al señor Orlando Pérez Ávila, le fue reconocida asignación de retiro mediante Resolución No. 1131 de fecha 30 de abril de 2003. Que fue retirado de la actividad militar por solicitud propia con baja efectiva de 23 de mayo de 2003 con el grado de Suboficial Jefe Técnico de la Armada Nacional.

Que el total del tiempo de servicio prestado en la Armada Nacional fue de 24 años, 2 meses y 08 días, de ello da cuenta la hoja de servicios aportada al expediente.

Que mediante petición radicada 2013-41705, de fecha 22 de mayo de 2013, el demandante solicitó ante la entidad demandada, Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, la reliquidación y reajuste de su asignación de retiro conforme al IPC certificado por el DANE, por los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

Que a través de Oficio Nro. 320 – 0029060 – 2013 – 29060 – Cremil 41705 de fecha de 11 junio del año 2013, Cremil respondió de manera negativa la petición de reliquidación y el consecuente reajuste de la asignación de retiro solicitada por el actor.



Conforme a lo expuesto en la parte normativa de esta providencia y el material probatorio, se considera que al demandante le asiste el derecho al reajuste de la asignación de retiro con base en el IPC desde la entrada en vigencia de la ley 238 de 1995, en atención a que la asignación de retiro le fue reconocida a partir de 2003 mediante resolución N° 1131; limitando el mismo hasta el 31 de diciembre de 2004, a la luz de lo dispuesto en la Ley 923 de 2004 reglamentada por el Artículo 42 del Decreto 4433 de la misma anualidad, al volver a consagrar el sistema de oscilación.

No obstante lo anterior, respecto al fenómeno de la prescripción, el despacho encuentra probado que la petición de reliquidación en el sub-lite se presentó por el demandante ante el ente demandado el 22 de mayo de 2013, en ese orden, los derechos causados con anterioridad al 22 de mayo de 2009, se encuentran prescritos, de conformidad con el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, el cual establece:

"ARTÍCULO 174. PRESCRIPCIÓN. 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".

Amén de lo expuesto, ésta Unidad Judicial deja sentado, 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, de conformidad con el criterio fijado por la sección segunda, "Subsección A" del H. Consejo de Estado en providencia de fecha 18 de febrero de 2010, radicación No. 25000-23-25-000-2006-07265-01(1638-08), M.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón, y reiterado por ese Alto Tribunal en sentencia de fecha 27 de enero de 2011, M.P. Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado interno No. 1479-09, toda vez que a pesar de haber operado el fenómeno de la prescripción de las diferencias de las mesadas pensionales anteriores al 22 de mayo de 2009, el despacho atendiendo que el actor tenía derecho a la aplicación del IPC, a partir del 24 de mayo de 2003 hasta 2004, por ser más favorable que el principio de



173

oscilación que se le aplicó, la entidad deberá efectuar la liquidación por dichos años, aplicando el IPC vigente para tales fechas y sobre esas sumas aplicará los porcentajes anuales correspondientes.

Para ello, las diferencias resultantes deberán ajustarse en su valor con aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la correspondiente partida de saldo de reajuste pensional, 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 la 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 aplicara separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

B.- COSTAS.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A.¹, en concordancia con el artículo 365 numeral 1° del C.G.P.², se condenará a la parte demandada al pago de las costas, por haberse resuelto de manera desfavorable las súplicas de la demandada.

En consecuencia, en aplicación del Acuerdo 1887 de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y atendiendo los criterios fijados en el artículo 3.1.2 del mismo acuerdo, se fijan las agencias en derecho en la suma equivalente al 1% del valor de las pretensiones (\$14.871.242 folio 19 del exp.) teniendo en cuenta la duración actual del proceso que inició el 08 de

¹ En los eventos de remisión al Código de Procedimiento Civil, se entenderá que las normas aplicables serán las dispuestas en la nueva legislación procesal.

² Norma que se entró en vigencia a partir del 1° de enero de 2014, para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo según sentencia (IJ) de la Sala Plena del H. Consejo de Estado, de fecha 25 de junio de 2014, Radicación: 25000-23-36-000-2012-00395-01, Número interno: 49.299.



abril de 2015, lo que equivale a la suma de CIENTO CUARENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS DOCE PESOS, CON CUARENTA Y DOS CENTAVOS (\$148.712.42).

DECISION

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO.- Declarar la nulidad del acto administrativo contentivo en el oficio No. 320 – 0029060 – 2013 – 29060 – Cremil 41705 de fecha de 11 junio del año 2013, por medio del cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares no accedió a la reliquidación y reajuste de asignación de retiro solicitada por el demandante señor Orlando Pérez Ávila, identificado con CC No. 3.233.690 de Utica, conforme a la motivación.

SEGUNDO.- A título de restablecimiento del derecho, condénese a la Caja de Retiro de las Fuerzas militares a reliquidar las mesadas pensionales del demandante correspondiente a los años 2003 y 2004, de acuerdo al IPC establecido para cada año, a fin de que las diferencias que arrojen sean utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores.

TERCERO.- Niéguese el reconocimiento y pago de las diferencias en el reajuste anual de la asignación de retiro del demandante, anteriores al 22 de mayo de 2009, por aplicarse sobre éstas la prescripción cuatrienal contenida en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte vencida, Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, de conformidad con lo motivado. Por Secretaría, liquidense.

QUINTO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda.



174

SSEXTO: DESE cumplimiento a esta sentencia, con observancia de lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Expídanse las copias del caso, para el cumplimiento de la misma.

SÈPTIMO: Hágase devolución a la parte demandante del excedente, si lo hubiere, de lo consignado por concepto de gastos ordinarios del proceso, previas las anotaciones de rigor.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia, librense las comunicaciones del caso, cancélese la radicación del proceso y archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

TRINIDAD JOSE LOPEZ PEÑA
Juez