



JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
DE ORALIDAD DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

PROCESO : ORDINARIO -NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN No.: 1100133350122015000 71400
ACCIONANTE: SEGUNDO SALVADOR FONTECILLA FAJARDO
ACCIONADOS: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES CREMIL

ACTA No. 528-17
AUDIENCIA PRUEBAS, ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO
ART. 180 LEY 1437 DE 2011

En Bogotá D.C. a los dieciséis (16) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) siendo las dos y cuarenta de la tarde (02:40 P.M.), la suscrita Juez Doce Administrativo de Oralidad de Bogotá en asocio de su Secretario ad hoc constituyó audiencia pública en la **Sala 08** del Complejo Judicial CAN y la declaró abierta para tal fin.

1. INTERVINIENTES

PARTE DEMANDANTE: Dr. JUAN EVANGELISTA SOLER REYES.

PARTE DEMANDADA: Dra. LYDA YORLENY MARTÍNEZ MORERA, quien no asistió a la audiencia.

Se reconoce personería jurídica a la Dra. LAURA CAROLINA PORRAS MELGAREJO, de conformidad con el poder allegado a la presente diligencia.

No compareció representante del Ministerio Público.

PRESENTACIÓN DE LA AUDIENCIA

La señora juez informó a las partes, asistentes y/o intervinientes a esta audiencia que de conformidad con el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se agotarán las siguientes Etapas:

- Saneamiento del Proceso
- Conciliación
- Decreto de Pruebas
- Alegaciones Finales
- Sentencia

i. SANEAMIENTO DEL PROCESO

De conformidad con el artículo 180 numeral 5º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, se procede a evacuar la etapa de **saneamiento del proceso**, para tal efecto se concede el uso de la palabra a los apoderados con el fin de que se pronuncien si observan alguna irregularidad que pueda ser saneada en este momento.

Como los apoderados no expresan ninguna irregularidad que sanear y el Despacho tampoco evidencia causal que invalide lo actuado, se da por agotada esta etapa.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

ii. ETAPA DE CONCILIACIÓN

En la audiencia inicial llevada a cabo el 28 de septiembre del presente año, la parte actora aceptó la propuesta que formuló la entidad demandada en la etapa de conciliación; sin embargo este Despacho improbo dicho acuerdo en razón a que se evidenciaron algunas inconsistencias las cuales fueron puestas en conocimiento en auto de octubre 10 de 2017 (fl. 99).

Continuando con el curso de la diligencia la señora Juez pregunta a la apoderada de la entidad si tiene una nueva propuesta de conciliación, que cumpla con los requisitos establecidos en auto anterior.

La apoderada de la entidad presenta no presenta formula conciliatoria.

Escuchado lo manifestado por la entidad demandada y dada su falta de ánimo conciliatorio, el Despacho se abstiene de presentar fórmula de arreglo.

Decisión notificada en estrados

iii. DECRETO DE PRUEBAS

A continuación el Despacho procede a **DECRETAR LAS PRUEBAS**, de la siguiente forma.

Téngase como pruebas en su haber pertinente los documentos que fueron aportados con los escritos de demanda y en los de contestación de la misma, obrantes en los expedientes de las referencias.

Ahora bien, como quiera que no existen más pruebas que practicar y dada la fijación del litigio el Despacho no decretará pruebas de oficio.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

iv. ALEGACIONES FINALES

En este punto de la diligencia, procede el Despacho a correr traslado de alegatos de conclusión a las partes, para lo cual se concede un término de intervención máximo de 10 minutos.

Parte Actora: Minuto desde 03:35 hasta 3:56

Parte Demandada: Minuto desde 3:59 hasta 4:15

Cada intervención de los apoderados y la representante del Ministerio Público quedan consignadas en videograbación.

v. JUZGAMIENTO

Escuchados los alegatos de las partes y el concepto del Ministerio Público, el Despacho no advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, motivo por el cual, procede a dictar la correspondiente sentencia.

1. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la asignación de retiro que recibe el Sargento Viceprimero ® **SEGUNDO SALVADOR FONTECHA FAJARDO** de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL** debe reliquidarse e incrementarse, conforme al IPC, en razón a lo dispuesto en la Ley 238/95 y el principio de favorabilidad en materia laboral, toda vez que en algunos años los incrementos que se han realizado aplicando el principio de oscilación¹ están por debajo del IPC.

2. TESIS DEL DESPACHO

La tesis que sostiene el Despacho es que al amparo de la Ley 238/95 las asignaciones de retiro y pensiones que perciben los miembros de la Fuerza Pública son susceptibles de reajustarse con el IPC del año inmediatamente anterior, conforme lo prevé el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, siempre que los porcentajes decretados por el Gobierno Nacional sean inferiores al IPC.

3. RAZONES QUE SUSTENTAN LA TESIS

3.1. DEL REAJUSTE PERIÓDICO DE LAS ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIONES DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA.

De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, la asignación de retiro o mesada pensional devengadas dentro del régimen especial de la policía y de las fuerzas militares, deben reajustarse con base en el Índice de Precios al Consumidor, en virtud de los precisos mandatos de la Ley 238 de 1995 y de la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral e incrementarse mediante el mecanismo de oscilación a partir de la expedición del Decreto 4433 de 2004.

Al hacer un análisis de las disposiciones que rigen la materia, el Consejo de Estado² señaló:

“A partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995, los pensionados excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993 tendrían derecho al reajuste de sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, en la forma prevista por el artículo 14 y a la mesada 14 según el artículo 142 ibídem. De acuerdo con el cuadro de diferencia porcentual, es claro para la Sala, que es más favorable para la actora el reajuste de su asignación de retiro con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor tal como lo establece la Ley 100 de 1993, por los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, para las pensiones ordinarias.”

A esta conclusión se llegó teniendo en cuenta que por disposición de la Ley 238 de 1995³, se estableció que aquellas personas que se encontraban dentro de las excepciones señaladas en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, podían ser acreedoras de los beneficios establecidos en los artículos 14 y 142 de la misma norma.

¹ contemplado en los Decretos 1211 de 1990 artículo 169 para oficiales y suboficiales de las fuerzas militares. 1212 de 1990 artículo 151 para oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y 1213 de 1990 artículo 110 aplicable para agentes de la Policía Nacional

² Léanse entre otras las sentencias radicado interno 2016151, 2018219, 2073308

³ El artículo 1 de la Ley 238 de 1995 a través del cual adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, incluyendo el parágrafo 4°, ordena:

“PAR. 4°- **Adicionado. Ley 238/95, art. 1°.** 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.”.

El artículo 279 de la Ley 100 de 1993, señalaba que por excepción no se encuentran sujetos al Sistema Integral de Seguridad Social los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

El beneficio establecido en el artículo 14 de la Ley 100, señala 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, para que 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.

Por su parte, la Corte Constitucional al referirse sobre las connotaciones del régimen prestacional especial del que goza la fuerza pública, en sentencia C – 432 del 06 de mayo de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil, precisó que la naturaleza jurídica de la asignación de retiro es asimilable a la pensión de vejez y señaló:

“La existencia de un régimen especial prestacional de seguridad social, implica la imposibilidad de someter a sus beneficiarios al sistema normativo general (Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003). Por el contrario, su especialidad conduce a crear o regular distintas modalidades de prestaciones que permitan reconocer el fin constitucional que legitima su exclusión del sistema general, es decir, es indispensable adoptar medidas de protección superiores, en aras de propender por la igualdad material, la equidad y la justicia social de las minorías beneficiadas con la especial protección prevista en la Constitución.

Precisamente dentro de las exclusiones del sistema general de seguridad social, se encuentran previstos los miembros de la fuerza pública. Dispone el artículo 279 de la Ley 100 de 1993:

“Excepciones. El sistema integral de seguridad social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas (...)”.

En este contexto, como lo ha sostenido esta Corporación, dicho tratamiento diferencial debe estar encaminado a mejorar las condiciones económicas del grupo humano al cual se aplica, por lo que resultan inequitativos, es decir, contrarios al principio de igualdad. “los regímenes especiales de seguridad social que introducen desmejoras o tratamientos de inferior categoría a los concedidos por el régimen general”⁴.

En este orden de ideas en eventos como el presente, en los que el régimen especial de la Fuerza Pública no mejora las condiciones salariales y prestacionales, frente a quienes gozan de un régimen general, por razones de equidad que tiene su soporte en el artículo 230 de la Carta Política es procedente aplicar el régimen general, esto es, incrementar la asignación de retiro con base en el Índice de Precios al Consumidor y no con el mismo porcentaje que se incrementan las asignaciones de los miembros en actividad, denominado “principio de oscilación”, establecido en el Decreto 1211 de 1990 artículo 169 aplicable para oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, 1212 de 1990 artículo 151 para oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y 1213 de 1990 artículo 110 aplicable para agentes de la Policía Nacional.

⁴ *Ibíd.*

Ahora bien, en relación con los argumentos expuestos sobre la inconstitucionalidad de la Ley 238/95 y del principio de inescindibilidad, solo resta decir que de acuerdo a la sentencia referenciada es la misma Corte Constitucional la que hace el estudio de aplicación de la norma general al régimen especial y lo fundamenta en el principio constitucional de igualdad y equidad.

Así las cosas, las demandadas deben revisar los incrementos de la asignación de retiro y pensión de jubilación de los demandantes y realizar los reajustes pertinentes con base en el Índice de Precios al Consumidor, durante los años 1997 a 2004, siempre y cuando estos sean más beneficiosos a la parte actora, sin que resulte procedente ordenar el reajuste de la asignación de retiro a partir del año 2005 en adelante, en razón a que el artículo 42 del Decreto 4433/04, que desarrolla la Ley 923/04, ordenó el incremento de las asignaciones de retiro y pensiones “en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado”

Adicionalmente debe utilizar como base para la liquidación de las mesadas posteriores las diferencias que resulten con ocasión de la aplicación del índice de precios al consumidor, pues la reliquidación de la base con el IPC, hace que tal monto se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro de manera ininterrumpida. Así lo expresa el Consejo de Estado⁵:

“...Dada la naturaleza de la asignación de retiro, como una prestación periódica, es claro que el hecho de que se haya accedido a la reliquidación de la base con fundamento en el IPC, hace que tal monto se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro de manera ininterrumpida, pues como se ha precisado en anteriores oportunidades las diferencias reconocidas a la base pensional sí deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores. Así las cosas, esta Sala habrá de precisar que como quiera que la base pensional se ha ido modificando desde 1997, con ocasión de la aplicación del IPC, es claro que necesariamente este incremento incide en los pagos futuros y por ende mal puede establecerse limitación alguna, cuando este incremento no se agota en un tiempo determinado. En consecuencia, se modificará el numeral 4º de la providencia objeto de estudio, en el sentido de ordenar que las diferencias que resulten con ocasión de la aplicación del índice de precios al consumidor sean utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores, según sea el caso...”.

3.2. CASO CONCRETO

Conforme quedó establecido en la etapa de fijación de litigio, se encuentra probado que CREMIL paga al Sargento Viceprimero ® **SEGUNDO SALVADOR FONTECHA FAJARDO** una asignación de retiro desde el 1 de mayo de 1966, la cual ha venido siendo actualizada de conformidad con los decretos expedidos por el gobierno nacional atendiendo el principio de oscilación.

Siendo así las cosas, como el actor obtuvo asignación de retiro en el año 1966 y que al amparo de la Ley 238/95 es posible valerse del IPC del año anterior como mecanismo de reajuste, siempre que el sistema de oscilación haya sido inferior. El Despacho comparó los dos sistemas (entre 1997 a 2004), encontrando diferencias por el año 1999, circunstancia que a todas luces impone declarar desvirtuada la presunción de legalidad del acto acusado y en consecuencia, ordenar el reajuste de la asignación de retiro del actor por los aludidos años. Veamos:

⁵ la sentencia de 25 de noviembre de 2010 emitida por el Consejo de Estado dentro del expediente No. 2500023250020040259301 (0524-08), M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

DIFERENCIAS ENTRE EL INCREMENTO REALIZADO POR EL GOBIERNO NACIONAL Y EL ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR IPC PARA EL GRADO DE <u>SARGENTO</u> <u>VICEPRIMERO</u>			
AÑO	PORCENTAJE INCREMENTO GOBIERNO NACIONAL	PORCENTAJE I.P.C.	DIFERENCIA
1997	23,40%	21,63	1,77
1998	19,75%	17,68	2,07
1999	14,91%	16,70	-1,79

Mediante sentencia del 21 de noviembre de 2011 proferida por el Juzgado 10 Administrativo de Bucaramanga se ordenó la reliquidación de su asignación de retiro con el incremento del IPC a partir del año 2000.

Como quiera que en la referida providencia nada se dijo respecto de las diferencias del incremento por el sistema de oscilación y el IPC durante los años 1997 a 1999, se ordenará a la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL** realizar el reajuste la asignación de retiro, con base en el Índice de Precios al Consumidor **cuando el reajuste de las prestaciones reconocidas mediante el sistema de oscilación, haya sido inferior al IPC del año inmediatamente anterior durante los años 1997 a 1999; teniendo especial cuidado al efectuar la liquidación conforme al primer reajuste ordenado en sede judicial**, pues es responsabilidad de la entidad efectuar los cálculos precisos y hacer los descuentos correspondientes a fin de evitar que se haga un doble pago.

3.3. SOBRE LA PRESCRIPCIÓN

Conforme a las prerrogativas de los decretos 1211 de 1990 artículo 174, 1212 de 1990 artículo 155 y 1213 de 1990 en su artículo 113 el derecho al pago de diferencias en las mesadas de la asignación de retiro causadas prescriben en cuatro años contados desde que se hicieron exigibles.

Para este proceso, debe tenerse en cuenta que el actor elevó la reclamación de reajuste el 22 de julio de 2015 (fl. 29), razón por la cual se declararan prescritas las mesadas causadas con anterioridad al **22 de julio de 2011**.

3.4. INDEXACION

Las sumas que resulten a favor de la parte demandante serán ajustadas con aplicación del inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A., bajo la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la parte demandante desde la fecha en que se hizo exigible la obligación, por el guarismo que resulte 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 a la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente a la fecha de la causación de cada mesada pensional.

3.5. CONDENAS EN COSTAS

El artículo 188 del CPACA señala:

“... Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”.

La lectura del texto normativo permite establecer que en materia de costas para la jurisdicción contencioso administrativa, el legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.

De esta manera, y en virtud con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del 2003⁶, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las agencias en derecho para procesos de primera instancia con cuantía, se fijarán hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Frente a lo anterior el Consejo de Estado⁷ ha previsto un test de proporcionalidad para la fijación de estas agencias, en punto a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, como un sistema tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, a efectos de que las providencias conjuen de manera precisa y motivada la aplicación de la sanción pecuniaria.

Atendiendo el principio de razonabilidad que va más allá de la aplicación lógica-formal de la norma, y en procura de no ir a desincentivar el acceso a la administración justicia, derecho fundamental, se procede a dosificar la medida sancionatoria de agencias en derecho, de la siguiente manera:

- El presente proceso buscaba el reajuste de la asignación de retiro conforme al IPC.
- La entidad demandada NO contestó la demanda.
- Las pretensiones del actor fueron concedidas parcialmente por efecto de la prescripción.
- Revisado el expediente no se advirtieron conductas temerarias o de mala fe.

En este proceso adicionalmente debe tenerse en cuenta que la pretensión por la que aquí se acciona bien pudo acumularse con las del proceso 2010-124 adelantado en el Juzgado 10º Administrativo del Circuito de Bucaramanga en el que se dispuso el reajuste a partir del año 2000, situación que implica desconocimiento del principio de economía por el desgaste ocasionado de manera inoficiosa a la Rama Judicial.

Bajo estas consideraciones el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la entidad demandada.

GASTOS DEL PROCESO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 2552 de 2004 “Por el cual se regulan los gastos del proceso y la expedición de copias en la jurisdicción contencioso administrativa”, una vez debitadas las notificaciones, oficios y demás

⁶ “III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

3.1. ASUNTOS.

3.1.1. Única instancia.

Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.”

⁷ Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 24 de octubre 2016, Radicación número: 11001-03-26-000-2013-00006-00(45987)A

expensas causadas en el presente asunto, el Despacho dispone destinar el remanente a favor del Consejo Superior de la judicatura, toda vez que cubrió los elementos necesarios para el funcionamiento del proceso.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SECCIÓN SEGUNDA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLÁRESE la nulidad del Acto Administrativo contenido en el Oficio consecutivo 2015-52021 del 29 de julio de 2015, por medio del cual el Director General de la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES —CREMIL—** negó al demandante el reajuste de la asignación de retiro con aplicación del IPC, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES —CREMIL—** a reliquidar la asignación de retiro del Sargento Viceprimero ® **SEGUNDO SALVADOR FONTECHA FAJARDO** (C.C.17.014.003) **durante los años 1997 a 1999** 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 este haya sido superior** al incremento anual realizado por la entidad demandada, ajustando su valor bajo la fórmula indicada en la parte considerativa de esta decisión.

TERCERO: CONDÉNESE al **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES —CREMIL—** a pagar al señor Sargento Viceprimero ® **SEGUNDO SALVADOR FONTECHA FAJARDO** (C.C.17.014.003) las diferencias que resulten entre la reliquidación antes ordenada y las sumas canceladas por concepto del incremento o reajuste anual de la asignación de retiro a partir del **22 de julio de 2011** como consecuencia de la afectación de la base prestacional. A partir del 1º de enero de 2005, el reajuste efectuado con base en el principio de oscilación, parte del aumento que ha debido experimentar la base de la asignación de retiro por el año 1999.

CUARTO: EXHORTAR a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES —CREMIL—** para que al momento de dar cumplimiento a la anterior orden tenga con especial cuidado al hecho de que por sentencia judicial ya se había ordenado el reajuste por concepto de IPC desde el año 2000 en adelante, motivo por el cual deber hacer la correspondiente deducción.

QUINTO: DECLÁRANSE prescritas las diferencias del reajuste causadas con anterioridad al **22 de julio de 2011**, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: La entidad demandada dará cumplimiento a este fallo en los términos establecidos en los artículos 187, 192 y 195 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: COSTAS – No hay lugar a condenar en costas.

OCTAVO: DESTINAR los remanentes de los gastos ordinarios del proceso a favor del Consejo Superior de la Judicatura, de conformidad a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

NOVENO: EJECUTORIADA esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas.

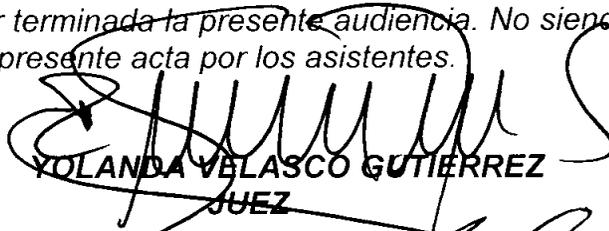
DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTRADOS

Las partes cuentan con el término de ley para interponer los recursos a que haya lugar.

Apoderado parte actora sin recursos

Apoderado de la entidad interpone recurso de apelación, el cual sustentará dentro del término legal.

Así las cosas, se da por terminada la presente audiencia. No siendo otro el motivo de la misma se firma la presente acta por los asistentes.



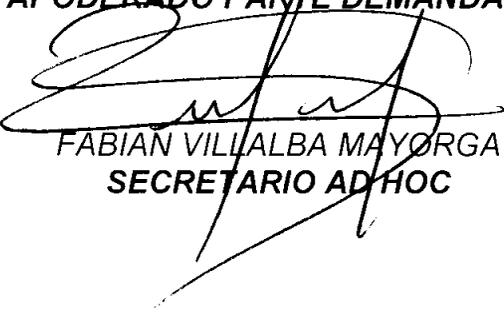
YOLANDA VELASCO GUTIERREZ
JUEZ



Dr. JUAN EVANGELISTA SOLER REYES
APODERADO PARTE DEMANDANTE



Dra. Dra. LAURA CAROLINA PORRAS MELGAREJO
APODERADO PARTE DEMANDADA



FABIAN VILLALBA MAYORGA
SECRETARIO AD HOC