

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 150

Santiago de Cali, septiembre veintinueve (29) de dos mil dieciséis (2016).

Radicación	76001333300520150012300
Demandante	ANGELINA PÉREZ COMEZAÑA DE DIAZ Y OTRO
Demandado	CREMIL
Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Laboral
Juez	CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, instaurado a través de apoderado judicial, por los señores ANGELINA PEREZ COMEZAÑA DE DIAZ y MIGUEL DIAZ PEREZ en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

- 1.1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio No. 2015-21067 de abril 8 de 2015**, mediante el cual, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL negó la solicitud de reliquidación de la pensión de beneficiario elevada por los demandantes.

- 1.2. Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL a reajustar la pensión de los demandantes, adicionándole los porcentajes correspondientes a la diferencia existente entre el incremento en que fue aumentada la pensión en aplicación de la escala gradual salarial porcentual y el IPC que se aplicó para los reajustes pensionales, con fundamento en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, para los años 1997 (4.18%), 1999 (1.8%), 2001 (3.24%), 2002 (2.7%), 2003 (1.08%) y 2004 (0.94%).

- 1.3. Reajustar la pensión de beneficiarios año a año desde 1997, a la fecha con los nuevos valores que arroje la reliquidación solicitada y ordenar el pago indexado de las diferencias que resulten hasta la fecha en que sea reconocido el derecho.
- 1.4. Ordenar el pago de los intereses moratorias sobre los dineros provenientes del reajuste solicitado, a partir de la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia.
- 1.5. Condenar a la demandada al pago de gastos y costas así como las agencias en derecho que se causen.

2. HECHOS

Los hechos expuestos en la demanda, se sintetizan así:

- 2.1. Previo cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL, mediante Resolución No. 00044 de 1965, reconoció asignación de retiro al señor MIGUEL DIAZ CUERVO.
- 2.2. Ante el fallecimiento del señor DIAZ CUERVO, de conformidad con lo establecido en el artículo 195 del Decreto 1211 de 1990, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL, mediante Resolución reconoció la respectiva pensión de beneficiarios a los demandantes.
- 2.3. La pensión reconocida a los demandantes, para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 fue reajustada en un porcentaje inferior al índice de precios al consumidor (IPC) vigente para el año inmediatamente anterior, generándose una diferencia que desfavorece a los demandantes y equivalente a: **i)** 4.18% para el año 1997; **ii)** 1.8% para el año 1999; **iii)** 3.24% para el año 2001; **iv)** 2.7% para el año 2002; **v)** 1.08% para el año 2003 y finalmente **vi)** 0.94% para el año 2004.
- 2.4. Mediante derecho de petición radicado en marzo 16 de 2015 ante la entidad demandada, los actores solicitaron la reliquidación de su pensión conforme a los porcentajes antes señalados y la indexación de los nuevos valores que deban pagarse con ocasión a dicha reliquidación.

2.5. La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL, mediante el acto administrativo que aquí se demanda dio respuesta desfavorable a la petición radicada por los actores.

3. NORMAS VIOLADAS:

Señaló como normas violadas el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 13, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política; de igual forma, el artículo 1° de la ley 238 de 1995 y la ley 100 de 1993 en sus artículos 14 y 279, así como también el artículo 2°, literal a) de la ley 4° de 1992 y el artículo 138 del C.C.A.

4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

La apoderada aduce, que la negativa de la entidad demandada para efectuar la reliquidación de la pensión de beneficiario de los demandantes en los términos solicitados, se basa en que las disposiciones vigentes para realizar tales actuaciones, son los Decretos que cada año expide el Gobierno Nacional para fijar los sueldos básicos del personal en servicio activo de la fuerza pública; desconociendo así la supremacía de la Constitución Política, pues con los reajustes efectuados por la entidad demandada, se pierde el poder adquisitivo de las respectivas asignaciones.

De igual forma, sostiene que existe violación al derecho fundamental de igualdad consagrado en el artículo 13 Constitucional, por cuanto la entidad demandada incrementa anualmente las asignaciones de retiro apoyándose en la tesis de la existencia de un régimen especial para los integrantes de la fuerza pública, con lo cual se configura un trato inequitativo, con relación a los integrantes del régimen general de Seguridad Social.

Sostiene igualmente, que los demandantes son adultos mayores que dependen única y exclusivamente de su pensión, a efectos de suplir sus necesidades básicas, y por tanto, cuando la entidad demandada niega el reajuste de ésta en los términos solicitados, trasgrede el derecho a la protección del adulto mayor consagrado en el artículo 46 superior, pues se configura con esto una disminución de su mínimo vital, como ya se explicó, debido a la pérdida del poder adquisitivo de su pensión.

Para finalizar, la apoderada resalta, que si en gracia de discusión existiese duda entre si se debe dar aplicación al principio de oscilación o al incremento porcentual conforme al

IPC, para efectos de reliquidar las asignaciones de retiro de los integrantes de la Fuerza Pública; no debe olvidarse que el artículo 53 constitucional consagró la favorabilidad laboral, en el entendido de que en caso de duda, se debe aplicar la norma más favorable al trabajador, que para el caso concreto, se trata del artículo 14 de la ley 100 de 1993, valga decir, incrementar las asignaciones de retiro y/o pensiones, conforme al IPC decretado por el DANE, en los años en que éste sea más favorable.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada contestó la demanda de forma extemporánea¹.

6. TRÁMITE PROCESAL

Mediante proveído N° 434 de mayo 4 de 2015, se admitió la presente demanda al cumplir con los requisitos legales para ello, posteriormente, la misma fue notificada a la entidad demandada y demás sujetos procesales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA.

Vencidos los respectivos términos de traslado, se convocó a audiencia inicial, llevada a cabo en marzo 29 de 2016, dentro de la cual se verificó la ausencia de causales que invalidaran la actuación desplegada; se fijó el litigio; se decretaron las pruebas consideradas pertinentes y que fueran solicitadas por las partes. Finalmente se recepcionaron los alegatos de conclusión y se dictó el respectivo sentido del fallo de carácter condenatorio; quedando el proceso a despacho para proferir la presente providencia.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La apoderada de la parte actora no presentó alegatos de conclusión.

A su turno, la apoderada de la entidad demandada se limitó a solicitar no ser condenada en costas, en atención al ánimo conciliatorio que ha mantenido durante todo el proceso.

Finalmente, el Agente del Ministerio Público no rindió concepto sobre el particular.

¹ Según constancia secretarial visible a folio 85 del expediente.

8. CONSIDERACIONES

8.1. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al acontecer procesal y a la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial, el problema jurídico se contrae a determinar, si los demandantes tienen derecho al reconocimiento y pago del reajuste de su pensión de beneficiario, de conformidad con lo dispuesto en la ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de la ley 100 de 1993, esto es, con base en el índice de precios al consumidor (IPC) certificado por el DANE, para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

8.2. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

Para resolver el problema jurídico antes planteado, se procederá a:

- (i) Realizar un breve análisis sobre la procedencia de la liquidación de la asignación de retiro y pensiones de la Fuerza Pública con base en el Índice de Precios al Consumidor -IPC-; y,
- (ii) Referir el precedente jurisprudencial aplicable al presente asunto,
- (iii) Efectuar una relación de los hechos probados en el presente asunto, para finalmente definir el caso concreto.

8.2.1. LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO CON BASE EN EL INDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR.

Sea lo primero decir, que la Ley 100 de 1993 en su artículo 279², excluyó de su aplicación, entre otros, a los miembros de las Fuerzas Militares, razón por la cual, éstos no eran acreedores del reajuste de sus asignaciones de retiro, como lo dispone el artículo 14³ de aquella, valga decir, teniendo en cuenta la variación porcentual del

² “**Art. 279.-** 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. (...)”

³ “**Art. 14.-** REAJUSTE DE PENSIONES. <Aparte subrayado condicionalmente EXEQUIBLE> 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.”

índice de precios al consumidor certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, sino como lo disponía el Decreto 1211 de 1990⁴, o sea mediante la oscilación de las asignaciones de los miembros de las Fuerzas Militares en actividad.

No obstante lo anterior, la Ley 238 de 1995, adicionó el artículo 279 de la ley 100 de 1993⁵, disponiendo que el grupo de pensionados de los sectores excluidos de la aplicación de la misma, sí 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.

Valga aclarar, que cuando la norma en cita se refiere a los pensionados, dicho término no sólo alude a los servidores de la Fuerza Pública que hayan accedido a la pensión, sino también a aquellos que hayan obtenido asignación de retiro, tal como lo dispuso la Corte Constitucional en sentencia C - 432 de 2004, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil, cuando determinó que la asignación de retiro es una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez.

En tales circunstancias, el ajuste de pensiones y asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, debe hacerse conforme al índice de precios al consumidor 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, cuando este fuera más favorable.

8.2.2 PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

El Consejo de Estado de manera reiterada, en aplicación del principio de favorabilidad, ha admitido la posibilidad de inaplicar los regímenes especiales en punto del tema prestacional, por normas de carácter general, siempre que estas resulten más beneficiosas, como en el caso de los miembros de la Fuerza Pública.

⁴ Decreto 1211 de 1990, en tratándose de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

⁵ "Art. 1º. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:

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

Sobre este aspecto, la Corporación de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ha dicho⁶:

“Ahora bien, la Sala solo podría dejar de aplicar una ley ordinaria posterior, especial y más favorable, según se verá más adelante, en lugar de una ley marco anterior y su decreto 1212 de 1990 que la desarrolla, bajo la condición de que aquella fuera incompatible con la Constitución Política, debido a que esa es la única hipótesis constitucional para dejar de aplicar una ley que no ha sido declarada inexecutable.

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 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”. (Se resalta).

En este mismo sentido, la Sección Segunda del Consejo de Estado en anteriores oportunidades⁷, determinó que en el caso de los miembros de la Fuerza Pública les resulta más favorable el reajuste de su asignación de retiro con aplicación del índice de precios al consumidor I.P.C., durante el período comprendido entre 1997 y 2004; en efecto, al pronunciarse comparó las alzas en dichos periodos, concluyendo que es más favorable para los miembros en general de la Fuerza Pública 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 2004⁸.

En otro pronunciamiento la misma Corporación, expresó que 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 ininterrumpidamente, pues como se ha precisado, las diferencias reconocidas a la base pensional, deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores⁹.

⁶ Sentencia de 17 de mayo de 2007, Sección Segunda, Radicado: 8464-2005, actor: José Jaime Tirado, magistrado ponente: Dr. Jaime Moreno García, sentencia del 4 de junio de 2009, Sección Segunda, Subsección “A”, Radicación Interna: 0660-08, actor Alvaro Diaz Castellanos, magistrado ponente Luis Rafael Vergara Quintero y la sentencia del 30 de junio de 2009, Sección Segunda, Subsección “B”, Expediente 250002325000200503559 02, actor Justiniano Barrera Rojas, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

⁷ Sentencia de 12 de febrero de 2009, Radicación 2043-2008 actor, Jaime Alfonso Morales, magistrado ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve; Sentencia de 19 de febrero de 2009, Radicación 1731-2008, actor Gilberto Franco Vásquez, magistrado ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección “A”, magistrado ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón, Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil diez (2010), Referencia: Expediente No. 0751-2009, Radicación: 250002325000200700929 01, actor: Luis Martín López Aponte magistrado ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón, Bogotá, D.C., cuatro (4) de marzo de dos mil diez (2010), Expediente No.1138- 2008, Radicación: 250002325000200608293 01, actor: Arturo Luis Cifuentes Mogollón; magistrado ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón, Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil diez (2010), Referencia: Expediente NO.2732-2008 Radicación: 250002325000200700964 01, actor: Carlos Alberto Pulido Barrantes.

⁹ Sentencia del Consejo de Estado de la SECCION SEGUNDA, SUBSECCION “A”, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011), Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00141-01(1479-09), actor: Javier Medina Baena, demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional

De la jurisprudencia en cita, se infiere palmariamente, que el incremento del índice de precios al consumidor, incide en los pagos futuros de la pensión de beneficiario de los demandantes, y por ende mal puede establecerse limitación alguna a su reconocimiento y pago, toda vez que, éste incremento no se agota en un tiempo determinado como se expuso líneas atrás.

8.2.2. HECHOS PROBADOS

El Despacho, en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal, reconocerá valor probatorio a la prueba documental que obra en el proceso, y que surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las partes¹⁰.

Así las cosas, como hechos debidamente probados en el presente asunto, tenemos los siguientes:

- Que mediante Acuerdo No. 327 de 1965, aprobado mediante Resolución No. 00044 del mismo año, al señor MIGUEL DIAZ CUERVO en su calidad de Capitán Piloto de la Fuerza Aérea le fue reconocida asignación de retiro, a partir de abril 1 de 1965, en cuantía del 70% del sueldo de actividad correspondiente a su grado, computando para su liquidación las demás partidas legales¹¹.
- Que mediante Resolución de junio 8 de 1972 la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reajustó la asignación de retiro reconocida al señor MIGUEL DIAZ CUERVO en atención a la modificación que presentó su hoja de servicios respecto al tiempo laborado¹².
- Que ante el fallecimiento del señor DIAZ CUERVO, acaecido en julio 9 de 1989, la entidad demandada mediante Resolución No. 1515 de agosto 11 de 1989 reconoció la respectiva pensión de beneficiario en favor de la señora ANGELINA PEREZ DE DIAZ y ANGELA MARIA DIAZ PEREZ en sus condiciones de cónyuge e hija menor (en su momento) del causante en cuantías iguales, es decir, 50% para cada una y efectiva a partir de julio 9 de 1989¹³.

¹⁰ Sobre la prueba documental y su valor probatorio, se puede consultar la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 7 de marzo de 2011, Rad. No. 20171, C.P. Enrique Gil Botero.

¹¹ Folios 65 a 67.

¹² Folio 10.

¹³ Folios 77 a 78.

- De otra parte, se acreditó que mediante Resolución no. 336 de octubre 15 de 2008 la entidad demandada actualizó la referida pensión de beneficiario otorgándole el 62.50% de la misma a la señora ANGELINA PEREZ DE DIAZ y el 37.50% restante a la menor ANGELA MARIA DIAZ LONDOÑO¹⁴.
- Que mediante Resolución No. 2585 de octubre 20 de 2008 se ordenó la redistribución de la pensión de beneficiario otorgándole un 62.50 de la misma a la señora ANGELINA PEREZ DE DIAZ, el 18.75% a ANGELA MARIA DIAZ LONDOÑO e igualmente un 18.75% en favor del demandante, señor MIGUEL DIAZ PEREZ en su calidad de hijo (inválido) del causante, con pérdida de capacidad laboral del 72,30 %¹⁵.
- Igualmente se acreditó, que entre los años 1997 y 2004 la pensión percibida por los demandantes fue incrementada bajo el sistema de oscilación en los siguientes montos: **i)** año 1997 en 17.45%; **ii)** año 1998 en 23.88%; **iii)** año 1999 en 14.91%; **iv)** año 2000 en 9.23%; **v)** año 2001 en 5.51%; **vi)** año 2002 en 4.96%; **vii)** año 2003 en 5.91%, y finalmente, **viii)** en el año 2004, el equivalente a 5.22%¹⁶.
- Finalmente, se encuentra probado, que mediante petición radicada en marzo 16 de 2015 ante CREMIL, los demandantes a través de su apoderada judicial solicitaron la misma reliquidación que a través de esta demanda se pretende, pero la entidad demandada atendió desfavorablemente su solicitud mediante Oficio No. 2015-21067 de abril 8 de 2015, agotándose con todo ello el procedimiento administrativo previo exigido como requisito de procedibilidad para acceder a esta jurisdicción¹⁷.

9. ESTUDIO DEL CASO CONCRETO.

Aplicando todo lo anterior al caso concreto, y conforme se expuso, se acreditó en el expediente que ante el fallecimiento del señor MIGUEL DIAZ CUERVO en su calidad de retirado de las Fuerzas Militares, a los demandantes, señores ANGELINA PEREZ DE

¹⁴ Según se extrae de la parte considerativa de la Resolución No. 2585 del 20 de octubre de 2008 visible a folios 11 a 12 y 69 a 70 del cuaderno único.

¹⁵ Folios 11 (frente y vuelto) a 12 y 69 a 70

¹⁶ Folio 18.

¹⁷ Folio 4 a 7.

DIAZ y MIGUEL DIAZ PEREZ, les fue reconocida una pensión de beneficiario desde julio 9 de 1989 y octubre 15 de 2008 respectivamente.

De igual forma, se demostró que la entidad demandada, mediante acto administrativo No. 2015-21067 de abril 8 de 2015, negó la reliquidación de la mencionada pensión, con base en el incremento porcentual del IPC.

Por otra parte, claro está que el párrafo 4° adicionado al artículo 279 de la ley 100 de 1993¹⁸, estatuyó que las excepciones consagradas en dicho artículo no implican la negación de los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993, y que en consecuencia de esto, se deriva la autorización con que cuenta la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL-, desde la entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995, para que las asignaciones de retiro y/o pensiones reconocidas bajo el imperio de normas especiales, como las de la Fuerza Pública, se puedan incrementar por los métodos descritos en los artículos 14 y 142, de la ley 100 de 1993; valga decir, conforme al incremento porcentual del IPC.

En consideración a lo expuesto hasta aquí, y la jurisprudencia citada, el Despacho colige, que ciertamente en algunos casos resulta ser más favorable para los miembros de la Fuerza Pública o sus beneficiarios, el reajuste de las asignaciones de retiro y pensiones, con base en el Índice de Precios al Consumidor como lo establece la norma en cita.

En este sentido, con el fin de establecer la favorabilidad respecto del reajuste de la pensión que devengan los demandantes, es preciso confrontar los porcentajes derivados de la aplicación del sistema de oscilación y del Índice de Precios al Consumidor, razón por la cual con base en el material probatorio allegado al dossier, más precisamente la certificación emitida por la entidad demandada¹⁹, referente al incremento anual efectuado a la pensión de los actores conforme al principio de oscilación para los años 1997 a 2004 y el incremento del IPC decretado por el DANE²⁰, para estos mismos años, se realiza el siguiente cuadro comparativo:

¹⁸ Según lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 238 de 1995.

¹⁹ Folio 18.

²⁰ Teniendo en cuenta que en virtud de lo dispuesto en el artículo 180 del Código General del Proceso, “*Todos los indicadores económicos nacionales se consideran hechos notorios*”; y aunado a ello, los Índices de Precios al Consumidor pueden ser consultados a través de la página web del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), esto es, www.dane.gov.co

TABLA DIFERENCIA PORCENTUAL IPC vs OSCILACION				
AÑO	OSCILACION	IPC	OSC.	IPC
	DECRETO No.	DECRETO No.	%	%
1997	122 (16 de enero)	31 (9 de enero)	17.45%	21,63%
1998	58 (10 de enero)	40 (10 de enero)	23.88%	16,02%
1999	062 (8 de enero)	35 (8 de enero)	14.91%	16,70%
2000	2724 (27 de diciembre)	2770 (27 de diciembre)	9,23%	9,23%
2001	2737 (17 de diciembre)	2710 (17 de diciembre)	5.51%	8,75%
2002	745 (17 de abril)	660 (10 de abril)	4.96%	7,65%
2003	3552 (10 de diciembre)	3535 (10 de diciembre)	5.91%	6,99%
2004	4158 (10 de diciembre)	4150 (10 de diciembre)	5.22%	6,49%

De un sencillo análisis al cuadro anterior, concluye el Despacho, que es más favorable para los demandantes el reajuste de su pensión de beneficiario con fundamento en el I.P.C., por los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, y en atención a que el derecho al reajuste no prescribe sino las diferencias causadas con ocasión del mismo, es legalmente viable acceder a este.

Ahora, es del caso entrar a analizar el tema de la prescripción de las diferencias causadas en las mesadas pensionales de los demandantes. El Consejo de Estado ha dicho en decantada jurisprudencia, que el derecho pensional es imprescriptible, y que la prescripción extintiva opera sólo para las mesadas que no se reclamaron en tiempo²¹.

De suerte que, tal reajuste debe realizarse desde la fecha misma de entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995, para los casos en los cuales el actor para esas calendas ya se encontrara gozando de su asignación o pensión; no obstante lo anterior, y acorde con la “Tabla Diferencia Porcentual IPC vs. Oscilación”, arriba citada, detecta este fallador, que tal reajuste se debe realizar respecto de los años en los cuales el incremento del IPC fue mayor al del sistema de oscilación, esto es, 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004; y una vez hecho tal reajuste, se debe entrar a determinar a partir de qué fecha opera la prescripción de las diferencias causadas; para ello es necesario tener en cuenta la regulación legal existente en torno de este punto, haciendo la

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, Sentencia de 2 de agosto de 2007, Exp. Rad. 4710-05, C. P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez, Actor: Luz Marina Manonegra de Montaña; Demandado: Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital -FAVIDI-“(…) **REAJUSTE DE LA PENSION DE JUBILACION – El derecho no prescribe sino las diferencias que surgen luego de aplicarlo.**

No es posible declarar la prescripción del derecho al reajuste contemplado en la Ley 6ª de 1992, pues el mismo no prescribe por estar reconocido en ésta norma, lo que prescribe son las diferencias que surgen, cuando se aplica el reajuste a la mesada pensional y ésta incide en el valor de las futuras.
(…)”.

salvedad que para el caso sub-júdice, se trata de un régimen especial como es el de la Fuerza Pública, que tiene su propia reglamentación en cuanto al derecho a la seguridad social que los asiste.

Así las cosas, y en virtud de la prescripción cuatrienal²², se encuentran prescritas las diferencias de las mesadas causadas con anterioridad a marzo 16 de 2011, como quiera que la petición ante la entidad demandada, se formuló el en marzo 16 de 2015²³, cabe aclarar que a partir del 1° de enero de 2005, entró en vigencia nuevamente el principio de oscilación, en virtud del artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, el cual dispuso lo siguiente:

“Artículo 42. Oscilación de la asignación de retiro y de la pensión. *Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado.*

En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente. El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley. (...)”.

De lo anterior se colige, que a partir de la vigencia de la norma transcrita, se debe aplicar nuevamente el sistema de oscilación para el incremento de las asignaciones de retiro y/o pensiones reconocidas a los integrantes de la Fuerza Pública o sus beneficiarios, como quiera que el mencionado decreto, regula de manera específica el sentido y alcance de los derechos de los miembros de la Fuerzas Militares y de Policía, quienes están sujetos a un régimen diferente a la generalidad de los trabajadores, y por ello, se justifica un tratamiento diferente en materia prestacional; no obstante, y pese a no haber lugar al pago de diferencias anteriores a marzo 16 de 2011, porque, se repite, se encuentran prescritas, aun así, a los demandantes les asiste el derecho al reajuste sobre dicho periodo, por cuanto el mismo no prescribe.

Para la prescripción referida, en consideración a que los actores tenían derecho a la aplicación del IPC en los años anteriores, en lugar del principio de oscilación que se les 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, por cuanto si bien dichas diferencias no pueden ser canceladas por

²² Que es la fijada por el artículo 169 del Decreto 95 de 1989, “Por el cual se reforma el estatuto de carrera de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares”, norma que es del siguiente tenor: **“Artículo 169. Prescripción:** El derecho reclamar las prestaciones sociales consagradas en este Estatuto prescribe a los cuatro (4) años, que se cuentan desde la fecha en que la respectiva prestación se hace exigible. El reclamo escrito recibido por entidad competente sobre el derecho o prestación determinada interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual (...)

²³ Folios 4 a 5.

encontrarse prescritas, sí deben ser utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores²⁴.

Por lo expuesto, el Despacho, previa declaración de nulidad del acto administrativo demandado, ordenará a la entidad demandada, reajustar la mencionada prestación con base en el I.P.C., por los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, teniendo en cuenta la prescripción cuatrienal mencionada líneas atrás y la aplicación nuevamente del principio de oscilación conforme lo indica el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004.

Al liquidar las sumas dinerarias en favor de los demandantes, los valores serán ajustados en los términos del inciso final del artículo 187 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:

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

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la pensión reconocida por la entidad, 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 debería efectuarse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes respecto de cada obligación (v. gr. mesada pensional o su diferencia, etc.), teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el numeral 4° del artículo 195 del CPACA, en anuencia con lo dispuesto en el artículo 192 ibídem.

10. COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre **dispondrá** sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", magistrado ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón, Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil diez (2010), Referencia: Expediente No. 0751-2009, Radicación: 250002325000200700929 01, actor: Luis Martín López Aponte

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.²⁵, entre otras cosas, establece que:

“se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”

Pues bien, el artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación²⁶:

*“Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la **errónea** interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma **objetiva**, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, **lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales.**” (se resalta).*

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineludiblemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en costas, contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal condena; razón por la cual, el Despacho varía la posición objetiva que sobre este tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas.

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

“(...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye este juzgador que en el presente asunto no se probó la causación de costas que deban ser reconocidas en favor de la parte victoriosa de la litis, razón por la cual, el Despacho se abstendrá de emitir una condena en tal sentido.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

²⁵ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. **Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.**

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el **oficio No. 2015-21067 de abril 8 de 2015**²⁷, proferido por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, mediante el cual se negó la reliquidación de la pensión a los demandantes, con base en el incremento porcentual del IPC.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho se ordena a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, reliquidar y pagar a los señores ANGELINA PEREZ COMEZANA DE DIAZ, identificada con cedula de extranjería española. No. 30115 y MIGUEL DIAZ PEREZ identificado con C.C. No. 16.270.632 la pensión de beneficiario con base en el Índice de Precios al Consumidor, por los años: 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, en los cuales éste fue mayor al sistema de oscilación a ellos aplicado.

La Entidad deberá efectuar la liquidación correspondiente a los años arriba mencionados, pues si bien dichas diferencias no pueden ser reconocidas desde tal momento por encontrarse prescritas, deben ser tenidas en cuenta como base para la liquidación de las mesadas posteriores. En adelante, a la pensión así reajustada, se aplicará el principio de oscilación.

TERCERO.- DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción, en tal sentido, se prescribirán las diferencias de la pensión, que se causen con anterioridad a marzo 16 de 2011, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: Las sumas a las cuales fue condenada la entidad demandada deberán ajustarse tomando en cuenta el índice de precios al consumidor, de conformidad con lo señalado en el inciso final del artículo 187 del CPACA hasta el momento de la ejecutoria de esta providencia, en la forma como se indica en la parte considerativa de esta sentencia.

QUINTO.- SIN COSTAS en esta instancia según lo argumentado precedentemente.

SEXTO: ORDENAR a la entidad demandada cumplir este fallo en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

²⁷ Folios 6 y 7.

Administrativo. Los intereses moratorios se devengarán a partir de la ejecutoria de esta providencia en los términos previstos en el inciso 3 del artículo 192 y el numeral 4° del artículo 195 ibídem.

SÉPTIMO: En firme la presente sentencia se le comunicará a la entidad demandada, adjuntándole copia íntegra, para su ejecución y cumplimiento, conforme lo señala el inciso último del artículo 203 del CPACA.

OCTAVO: **LIQUIDAR** los gastos del proceso, **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere y **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI. De igual forma, se autoriza la expedición de las copias de esta sentencia en los términos del artículo 114 del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ORIGINAL FIRMADO
CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez

Dfg.