

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 138

Santiago de Cali, agosto treinta y uno (31) de dos mil diecisiete (2017)

Radicación: 76001333300520150035500
Demandante: ISIDRO JESÚS GENOY YEPES
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL -CASUR
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 el señor ISIDRO JESÚS GENOY YEPES en contra de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL -CASUR.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

- 1.1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio No. 14383 / OAJ de agosto 14 de 2015**, mediante el cual, la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL - CASUR, negó las peticiones hechas por el demandante.
- 1.2. Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho se condene a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL - CASUR a reajustar la asignación de retiro del señor ISIDRO JESÚS GENOY YEPES con aplicación del mayor porcentaje entre el Índice de Precios al Consumidor y el decretado por el Gobierno Nacional para incrementar la asignaciones básicas de los integrantes de la Fuerza Pública en cumplimiento de la escala gradual porcentual, para los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 con fundamento en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

- 1.3. Ordenar a la entidad demandada el pago efectivo e indexado de las diferencias que resulten entre el reajuste solicitado y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro desde junio 4 de 2011 hasta que se de cumplimiento al derecho precitado, con aplicación de la prescripción cuatrienal.
- 1.4. Ordenar a la entidad demandada el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reajuste solicitado, a partir de la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.
- 1.5. Que se condene en costas a la entidad demandada.

2. HECHOS

- 2.1. CASUR mediante Resolución No. 5045 de diciembre 26 de 1989, reconoció asignación de retiro al señor ISIDRO JESÚS GENOY YEPES.
- 2.2. Dicha asignación de retiro en los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 fue reajustada en un porcentaje inferior al índice de precios al consumidor (IPC) del año inmediatamente anterior, generándose una diferencia en contra del demandante en los siguientes términos:
 - a. 1999: 1.80%
 - b. 2001: 0.85%
 - c. 2002: 1.65%
 - d. 2003: 0.58%
 - e. 2004: 1.04%
- 2.3. En junio 4 de 2015 el demandante solicitó a CASUR la reliquidación, reajuste y pago de su asignación de retiro de conformidad con los porcentajes señalados en el numeral precedente. La entidad demandada resolvió desfavorablemente dicha petición a través del acto administrativo demandado.

3. NORMAS VIOLADAS:

Señaló como normas violadas los artículos 1, 2, 4, 13, 46, 48, 53, y 58 de la Constitución Política; Ley 238 de 1995 en su artículo 1, Ley 100 de 1993 en los artículos 14 y 279, Ley 4 de 1992 en su artículo 2 literal a), y el CPACA en su artículo 137.

4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

El apoderado del demandante refiere jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada con el derecho a la actualización de las mesadas pensionales.

Indica que durante la vigencia del Decreto 1212 de 1990, que regula carrera de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, se aplicó el “principio de oscilación” –Art. 151-, según el cual las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata ese decreto, se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones del personal en actividad para cada grado. En virtud de ello, CASUR realiza los aumentos anuales de la asignación de retiro y de las pensiones teniendo en cuenta los sueldos básicos de los miembros activos de la Fuerza Pública fijados anualmente por el Gobierno Nacional mediante decreto, lo cual realiza sin observar si el porcentaje incrementado está ajustado a la constitución y a la ley.

En razón de lo anterior, dice, cuando los incrementos de las asignaciones de retiro de la Fuerza Pública han sido en un porcentaje inferior al del IPC, no se está dando cumplimiento a lo establecido en los artículos 48 y 53 superiores, que consagran el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, principio que es de aplicación preferencial ante cualquier norma legal que le sea contraria.

Destaca que el principio de oscilación es constitucionalmente válido en la medida que los porcentajes de aumentos anuales del personal en servicio activo sean iguales o superiores al del IPC del año anterior. En caso contrario, no debe ser aplicado y debe acudir al régimen general aplicando el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, tal como lo dispone la Ley 238 de 1995.

Refuerza su argumentación citando un aparte de la sentencia C-182 de 1997, en la que se señaló que cuando los regímenes excepcionales consagren para sus destinatarios un tratamiento inequitativo frente al que se otorga a la generalidad de los trabajadores cobijados por el régimen previsto en la Ley 100 de 1993, estas regulaciones deberán ser descalificadas en cuanto quebrantan el principio constitucional de igualdad.

En consecuencia, colige, que CASUR, al fijar el incremento anual de la pensión del demandante, debió descalificar el artículo 151 del Decreto 1212 de 1990, en los años en que el porcentaje a incrementar fue inferior al del IPCE del año anterior, y en aplicación del principio de favorabilidad, aplicar la norma general de pensiones, Ley 100 de 1993 artículo 14.

Realiza elucubraciones sobre el derecho fundamental a la igualdad y señala que no se explica el proceder de CASUR, de darle a los pensionados a su cargo, un tratamiento desigual al que se le da a los demás pensionados, lo que constituye una clara violación al aludido derecho.

Con base en lo argumentado, afirma que la conducta de la entidad demandada también desconoce el artículo 46 de la Carta Política que establece la protección al adulto mayor, así como el artículo 48 ibídem en cuanto al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones.

Precisa que el reajuste solicitado, al estar encaminado a devolverle la capacidad adquisitiva de la asignación de retiro del demandante, no tiene prescripción. Al respecto, transcribe parte resolutive de varias sentencias emanadas del Consejo de Estado, resolviendo recursos de apelación de fallos proferidos por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en donde se deja claro que el reajuste no prescribe, sólo prescriben las mesadas de manera cuatrienal.

Advierte que la prescripción en estos eventos es cuatrienal, tal como lo determinan los artículos 100 y 155 de los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990; que el artículo 43 del Decreto 4433 de diciembre 31 de 2004, que establece la prescripción trienal, no es aplicable, tal como lo ha determinado el Consejo de Estado argumentando que el Presidente de la República no tenía competencia para hacer variaciones en este aspecto.

Finalmente dice que la entidad demandada incurrió en falsa motivación cuando pretende darle una interpretación acomodada al principio de oscilación establecido en el Decreto 1212 de 1990 para negar las peticiones presentadas por el demandante en el derecho de petición, desconociendo el mandato superior.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Manifiesta la apoderada de la entidad demandada, que su representada de acuerdo a los parámetros establecidos por el Gobierno Nacional está presta a conciliar, reconocer y pagar lo concerniente al reajuste de las asignaciones y pensiones con base en el IPC, en tanto el titular tenga derecho. Igualmente, se opone a la solicitud de condena en cotas por considerar que siempre tuvo disposición conciliatoria frente al asunto aquí debatido.

De otra parte, indica que por mandato legal el incremento de las asignes de retiro está en cabeza del Presidente de la República, por tanto no puede aceptarse que por vía jurisprudencial se adopte incrementos a la escala salarial de los miembros de la fuerza pública.

Refiere que no es correcto que por vía de control judicial de la legalidad de un acto administrativo, se pretenda la anulación y el consiguiente incremento prestacional no autorizado por la Ley; pues con la respuesta negativa emitida por la entidad demandada frente a la solicitud de la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro de la demandante por causa del no reconocimiento en su momento, de los aumentos del IPC, decretados por el Gobierno Nacional, no se ha vulnerado el ordenamiento jurídico, razón por la cual indica que no deben ser acogidas las súplicas de la demanda.

Considera que, al pertenecer los miembros de la Fuerza Pública a un régimen especial, éste contempla el hecho de que las asignaciones de retiro (pagadas a policías y militares retirados) deben reajustarse anualmente de acuerdo a las variaciones que se introduzcan en las asignaciones pagadas a los policías que se encuentren en servicio activo de acuerdo con cada grado, lo que se conoce como el principio de oscilación; para lo cual el Gobierno Nacional anualmente mediante Decreto Ejecutivo fija los incrementos de los sueldos básicos del personal en actividad reajustando con ello las asignaciones de retiro (oscilación de asignación de Retiro); ajustándose esta actuación al ordenamiento jurídico.

Indica que el principio de oscilación previsto en el Decreto 1212 de 1990 y en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, es aplicable únicamente a la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, estableciéndose, además, la prohibición de aplicar un régimen diferente para efectos de reajuste de tales prestaciones.

Plasma unas consideraciones en torno al principio de sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, coligiendo que los administradores de justicia deben tener en cuenta este postulado al momento de proferir sus decisiones, de modo que al adoptar una de ellas en la que imponga una carga al sistema pensional que no resulte claramente determinada en la ley o que supere las previsiones de la misma, supone la transgresión del mandato constitucional con una clara responsabilidad social.

Propone la excepción de prescripción de las mesadas, aduciendo que si bien no prescribe el derecho pensional, también lo es que hay lugar a la prescripción cuatrienal sobre el pago de las diferencias causadas en las mesadas pensionales con motivo del reconocimiento de este derecho.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Parte demandante

Se ratificada en los hechos, pretensiones y fundamentos de la demanda.

Tanto el apoderado de la parte demandante, como la apoderada de la entidad demandada se ratifican en lo expuesto en la demanda y su contestación respectivamente; adicional a ello la apoderada de CASUR solicita no ser condenada en costas en caso de proferirse un fallo desfavorable a sus intereses.

6.2. Parte demandada:

Refiere que es cierto que la entidad no reajustó la asignación por esos años; pero, por eso se está presentando una formula conciliatoria en una cuantía superior a la de la demanda. En tal virtud, pide no condenar a su representada en costas, pues no están negando la pretensión.

6.3. Ministerio Público:

Aduce que si bien el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación del sistema integral de seguridad social a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, también lo es que la Ley 238 de 1995 adicionó el parágrafo 4 del mismo artículo, estableciendo que los pensionados excluidos de la aplicación de la Ley 100 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 dispuesta por el artículo 14 de la misma ley.

Por lo anterior, considera que de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, donde ya ha resuelto situaciones como las que aquí nos ocupa, se debe acceder a las pretensiones de la demanda y ordenar el reajuste de la asignación de retiro del demandante teniendo en cuenta los años en donde efectivamente no se le haya incrementado favorablemente con el IPC.

Igualmente señala que se debe aplicar la figura de la prescripción cuatrienal conforme lo estipula el artículo 113 del Decreto 1213 de 1990.

7. CONSIDERACIONES

7.1. 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 el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago del reajuste de su sustitución de asignación mensual de retiro, 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 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

7.2. 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, para finalmente definir el caso concreto.
- (iii)** Efectuar una relación de los hechos probados en el presente asunto.

7.2.1. 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 279¹, 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 14² de aquella, valga 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 artículo 151 del Decreto 1212 de 1990³, o sea mediante la oscilación de las asignaciones de los miembros de las Fuerzas Pública en actividad.

No obstante lo anterior, la Ley 238 de 1995, adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993⁴, en el sentido de precisar que las excepciones consagradas en dicho 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 14 de la ley en cita, por su parte dispone que el grupo de pensionados de los sectores excluidos de la aplicación de la misma, 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, el día primero de enero de cada año, para el año inmediatamente anterior

Valga aclarar, que cuando la norma en comento se refiere a los pensionados, dicho término no sólo alude a los servidores de la Fuerza Pública que hayan accedido a algún tipo de pensión, sino también a aquellos que hayan obtenido asignación de retiro, tal

¹ “**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. (...)”

² “**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.”

³ Decreto 1212 de 1990, en tratándose de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional.

⁴ “**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”. (...)”

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, es procedente realizarlo, conforme al índice de precios al consumidor (IPC), 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, siempre y cuando fuere más favorable.

7.2.2. 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.

Sobre este aspecto, la Corporación de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ha dicho⁵:

“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 oportunidades⁶, 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

⁵ 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.

⁶ 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.

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 2004⁷.

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 posteriores⁸.

De la jurisprudencia en cita, se infiere palmariamente, que el incremento del índice de precios al consumidor, incide en los pagos futuros de la asignación de retiro del demandante, 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.

7.2.3. HECHOS PROBADOS

Como hechos debidamente probados en el presente asunto, tenemos los siguientes:

- Que mediante resolución No. 5045 de diciembre 26 de 1988, al señor ISIDRO JESÚS GENOY YEPES en su calidad de Sargento Viceprimero ® de la Policía Nacional le fue reconocida asignación de retiro, a partir de noviembre 18 de 1988 y en cuantía equivalente al 85% de las partidas legalmente computables para el grado con que fue retirado (Sargento Viceprimero) según lo dispuesto en el Decreto 2062 de 1984⁹.
- Se acreditó que entre los años 1999 y 2004 la asignación de retiro del demandante fue incrementada bajo el sistema de oscilación en los siguientes

⁷ 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.

⁸ 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

⁹ Folios 11.

montos: **i)** año 1999 en 14.91%; **ii)** año 2000 en 9.23%; **iii)** año 2001 en 8.00%; **iv)** año 2002 en 6.00%; **v)** año 2003 en 6.41%, y finalmente, **vi)** en el año 2004, el equivalente a 5.45%¹⁰.

- Mediante petición radicada bajo el número 00066-2015025010, ID 88116 de junio 4 de 2015, el demandante solicitó la misma reliquidación que a través de esta demanda se pretende, pero la entidad demandada atendió desfavorablemente su solicitud mediante Oficio No. 14383 / OAJ de agosto 14 de 2015, agotándose con todo ello el procedimiento administrativo previo exigido como requisito de procedibilidad para acceder a esta jurisdicción¹¹.

8. ESTUDIO DEL CASO CONCRETO

Descendiendo al análisis del caso concreto, y conforme se expuso en precedencia, se acreditó en el expediente que al señor ISIDRO JESÚS GENOY YEPES, le fue reconocida, por parte de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL –CASUR, asignación de retiro mediante resolución No. 5045 de diciembre 26 de 1988, en su calidad de Sargento Viceprimero ® de la Policía Nacional, a partir de noviembre 18 de 1988 y en cuantía equivalente al 85% de las partidas legalmente computables para el grado con que fue retirado (Sargento Viceprimero) según lo dispuesto en el Decreto 2062 de 1984¹². De igual forma, se demostró que la entidad demandada, mediante acto administrativo contenido en el Oficio No. 14383 / OAJ de agosto 14 de 2015, negó la reliquidación de la mencionada asignación, con base en el incremento porcentual del IPC¹³.

En punto al tema en cuestión, se resalta que el párrafo 4° adicionado al artículo 279 de la ley 100 de 1993¹⁴, 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 SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL -CASUR-, 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 las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, se puedan incrementar por los métodos descritos en

¹⁰ Folio 9.

¹¹ Folios 3, 4, 6 a 7.

¹² Folios 11.

¹³ Folios 3, 4, 6 a 7.

¹⁴ Según lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 238 de 1995.

los artículos 14 y 142, de la Ley 100 de 1993; valga decir, conforme al incremento porcentual del IPC.

En consideración a lo expuesto, 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 asignación de retiro que devenga el demandante, es preciso confrontar los porcentajes derivados de la aplicación del sistema de oscilación y del Índice de Precios al Consumidor, respecto del grado de Sargento Viceprimero¹⁵ de la Policía Nacional. Al respecto tenemos que según la certificación emitida por la entidad demandada¹⁶, referente al incremento de la asignación para el grado de Sargento Viceprimero del Ejército Nacional, conforme al principio de oscilación para los años 1996 a 2004 y el incremento del IPC decretado por el DANE¹⁷, para estos mismos años, se realiza el siguiente cuadro comparativo:

TABLA DIFERENCIA PORCENTUAL IPC vs OSCILACION				
AÑO	OSCILACION	IPC	OSC.	IPC
	DECRETO No.	DECRETO No.	%	%
1996	107 (15-01-1996)	10 (5-01-1996)	27.13	19,46
1997	122 (16-01-1997)	31 (9-01-1997)	23.39	21,63
1998	058 (10-01-1998)	40 (10-01-1998)	19.75	17,68
1999	062 (8-01-1999)	35 (8 de enero)	14,91	16,70
2000	2724 (27-12-2000)	2770 (27 de diciembre)	9,23	9,23
2001	2737 (17-12-2001)	2710 (17 de diciembre)	8,00	8,75
2002	745 (17-04-2002)	660 (10 de abril)	6,00	7,65
2003	3552 (10-12-2003)	3535 (10 de diciembre)	6,41	6,99
2004	4158 (10-12-2004)	4150 (10 de diciembre)	5,45	6,49

¹⁵ Se utiliza este grado, por cuanto al actor fungía como Sargento Viceprimero de la Policía Nacional al momento de su retiro.

¹⁶ Folio 9.

¹⁷ 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

De un sencillo análisis al cuadro anterior, concluye el Despacho, que es más favorable para el demandante el reajuste de su asignación de retiro con fundamento en el I.P.C., por los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, aunado a que para estas anualidades al señor ISIDRO JESÚS GENOY YEPES ya le había sido reconocida tal prestación¹⁸, 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 favor del demandante. 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 tiempo¹⁹.

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 miembro de la Fuerza Pública o su beneficiario 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, 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 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 cuatrienal²⁰, se encuentran prescritas las diferencias de las mesadas causadas con anterioridad a junio 4 de junio de 2011, como quiera que la petición ante la entidad demandada, se formuló en junio 4 de 2015²¹. Cabe aclarar que a partir de enero 1 de 2005, entró en vigencia nuevamente el principio

¹⁸. Folio 11.

¹⁹ 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.

(…)”.

²⁰ Que es la fijada por el Art. 174 del Decreto 1211 de 1990, “Por el cual se reforma el estatuto de personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares”, norma que es del siguiente tenor: “**Artículo 174. Prescripción:** los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieren exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual...”.

²¹ Folios 3, 4, 6 y 7.

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. (...)”.

Fluye de lo anterior, 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 junio 4 de 2011, porque, se repite, se encuentran prescritas, aun así, al demandante le asiste el derecho al reajuste sobre dicho periodo, por cuanto el mismo no prescribe.

Para la prescripción referida, en consideración a que el actor tenía derecho a la aplicación del IPC en los años anteriores, en lugar del principio de 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, por cuanto si bien dichas diferencias no pueden ser canceladas por encontrarse prescritas, sí deben ser utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores²².

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 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 la demandante, los valores serán ajustados en los términos del inciso final del artículo 187 del CPACA, utilizando la siguiente

²² 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

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 asignación 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. asignación de retiro 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.

9. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

En consonancia con la argumentación que precede y en virtud de la prescripción cuatrienal aplicable²³, el Despacho considera que se encuentran prescritas las diferencias de las mesadas causadas con anterioridad a junio 4 de 2011, como quiera que la petición ante la entidad demandada, se formuló en junio 4 de 2015²⁴. Por consiguiente, se declarará probada la excepción de prescripción de mesadas formulada por la entidad demandada.

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.

²³ Que es la fijada por el Art. 174 del Decreto 1211 de 1990, "Por el cual se reforma el estatuto de personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares", norma que es del siguiente tenor: "**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 solo por un lapso igual...".

²⁴ Folios 3, 4, 6 y 7.

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. 14383 / OAJ de agosto 14 de 2015**, proferido por el Director General de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL- CASUR, mediante el cual se negó la reliquidación de la asignación de retiro al demandante, con base en el incremento porcentual del IPC.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho se ordena a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL- CASUR, reliquidar y pagar al señor ISIDRO JESÚS GENOY YEPES, identificado con C.C. No. 12.097.456 la asignación de retiro con base en el Índice de Precios al Consumidor, por los años: 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, en los cuales éste fue mayor al sistema de oscilación a él 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 propuesta por la entidad demandada, en tal sentido, se declaran prescritas las diferencias de la asignación de retiro causadas con anterioridad junio 4 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 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: LIQUÍDAR los gastos del proceso, **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVAR** 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

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez

JIVB