

EXPEDIENTE: 76001-33-33-005-2015-00001-00
DEMANDANTE: José David Gómez Toro
DEMANDADO: CREMIL
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 145

Santiago de Cali, septiembre 12 de dos mil diecisiete (2017).

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Laboral
Radicación: 76-001-33 33-005-2015-00001-00
Demandante: José David Gómez
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-

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 José David Gómez, en contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL-.

DECLARACIONES Y CONDENAS

El apoderado de la parte demandante solicita:

PRIMERO.- Que se declare la nulidad de los oficios No. 83255 de octubre 28 de 2014 y No. 361 de noviembre 28 de 2014, proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, y mediante el cual se negó al actor el reajuste y pago de su asignación de retiro, de acuerdo con el porcentaje de Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el DANE.

SEGUNDA.- Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada, reajustar la mesada de asignación de retiro que percibe el actor, con la inclusión de los porcentajes del Índice de Precios al Consumidor decretado por el DANE correspondiente a los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 y a la fecha que ponga fin a la demanda y en adelante, aplicando el índice cuando sea mayor a la escala gradual porcentual y al método de la oscilación; igualmente se condene al ente demandado a pagar en favor del actor, la suma de dinero que resulte de la diferencia

entre el reajuste anual aplicando el IPC, a las mesadas de la asignación de retiro y lo pagado como aumento anual de las mismas mesadas con la escala gradual porcentual y el método de la oscilación.

TERCERO.- Que se condene a la entidad demandada pagar al actor el monto efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre el valor total que debió recibir y el valor que recibiera realmente.

CUARTO.- Que se ordene el pago de los intereses comerciales y moratorios a que hubiere lugar.

QUINTO.- Que se condene en costas a la entidad demandada y el pago de las respectivas agencias en derecho.

Los **HECHOS** expuestos en la demanda se resumen así:

1.- Mediante Resolución No. 0912 del 31 de marzo de 2004, la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares de Colombia, le reconoció al actor, asignación de retiro.

2.- por medio de derecho de petición, el demandante solicitó el reconocimiento, liquidación y pago del reajuste de su asignación de retiro con el porcentaje del I. P. C. para los años 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005 y en adelante.

3.- Con oficio No. 83255 del 28 de Octubre de 2014, la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares de Colombia, dio contestación negativa a la petición; agrega que con Oficio No. 361 del 28 de Noviembre de 2014, la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares de Colombia, confirmó la negativa a la petición de IPC.

4. Que el Gobierno Nacional profirió los Decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001, 745 de 2002, 3552 de 2003, 4158 de 2004 y 923 de 2005, en los cuales incorporó el incremento anual de las mesadas de Asignación de retiro y Pensión dando aplicación a la escala gradual porcentual y al método de la oscilación para los miembros de la Fuerza Pública, entre ellos el actor, estos porcentajes son inferiores al índice de Precios del Consumidor decretado por el DAÑE.

5. A través del auto interlocutorio No. 898 de noviembre 09 de 2015, este Juzgado admitió la demandada, aclarando *“(...) que en virtud del principio de buena fe y en aras de proteger el acceso a la administración de justicia, se tendrá en cuenta lo manifestado*

por el apoderado de la parte actora en el memorial visible a folios 38 y 39, respecto del error cometido por la entidad demandada Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, al momento de proferir el acto administrativo contenido en el oficio No. 361 del 28 de noviembre de 2014, por cuanto según el apoderado del demandante fue dicha entidad quien hizo mención del oficio No. 83255 del 28 de octubre de 2014, de manera equivocada, sin que dicho acto administrativo existiera o fuera debidamente notificado al actor; razón por la cual, el estudio de dicho fenómeno fáctico se realizará en el transcurso del proceso.(...)”

NORMAS VIOLADAS:

Señaló como normas violadas el preámbulo y los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 13, 25, 42, 44, 46, 48, 52, 53 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, 142 y 279.

CONCEPTO DE VIOLACION:

El apoderado hace alusión a la naturaleza jurídica de la asignación de retiro, para concluir que ésta no tienen la calidad de salarios, porque cuando el funcionario sale del servicio activo, en virtud del reconocimiento de la asignación de retiro, se destruye el vínculo laboral entre el Estado y éste, y por ende el concepto de remuneración y contraprestación directa por la actividad laboral desplegada por el funcionario desaparece; agrega que no se puede confundir la categoría de sueldo y de asignación de retiro porque esta última se paga como una contribución por los servicios prestados como cualquier otro tipo de pensión.

Aduce, que la negativa de la entidad demandada para efectuar la reliquidación de la asignación de retiro del actor 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 nacional, 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.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada de la entidad demandada se opone a todas las pretensiones de la demanda, solicitando que las mismas sean negadas.

Señala que los miembros de la Fuerza Pública se rigen por disposiciones especiales que prevalecen sobre las de carácter general; que dicho régimen establece que las asignaciones de retiro deben reajustarse anualmente de acuerdo con las variaciones que se introduzcan en las asignaciones pagadas a los militares que se encuentran en servicio activo de acuerdo con cada grado, de conformidad con el principio de oscilación.

Que dando cumplimiento a lo anterior, el Gobierno expide año a año los respectivos Decretos, fijando los incrementos de los sueldos básicos del personal en actividad, reajustándose con ello las respectivas asignaciones de retiro.

Aduce que el principio de oscilación consagrado en el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 y el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, establece taxativamente la prohibición de la aplicación de un régimen diferente para efectos del reajuste de las asignaciones de retiro, prohibición que igualmente estaba consagrada en las normatividades anteriores; por lo que refiere que al demandante se le han realizado los reajustes que por Ley le corresponden.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Al realizar una comparación entre el escrito de demanda y los alegatos de conclusión expuestos por los apoderados de cada una de las partes, el Despacho concluye que unos y otros no difieren sustancialmente, razón por la cual si bien serán tenidos en cuenta para tomar la presente decisión de mérito, no se hará un relato de los mismos.

CONSIDERACIONES

CUESTIÓN PREVIA

Es menester aclarar, que dentro de las pruebas allegadas al proceso no se logra determinar una respuesta clara, respecto a la solicitud elevada por la parte demandante ante la entidad demandada en septiembre 05 de 2014, relacionada con el reajuste de la asignación de retiro del señor José David Gómez.

Ahora bien, en virtud del párrafo 1º del numeral 7 del artículo 175 de la Ley 1437 de le correspondía a la entidad demandada allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuaciones realizadas por las partes, es decir, debió si la hubiese, aportar la respuesta emitida a la solicitud que se le elevó.

De otra parte el Juzgado en aras de garantizar el debido proceso y proteger el acceso a la administración de justicia, en el auto que admitió la presente demanda consideró que el estudio del acto que contuviera la manifestación de la voluntad del ente demandado, se realizaría en el transcurso del proceso.

Acorde con los acontecidos narrados, considera el Juzgado que la entidad demandada no ha emitido una respuesta de fondo que contenga su voluntad a la petición elevada por la parte demandante en septiembre 05 de 2014, relacionada con el reajuste de la asignación de retiro del señor José David Gómez, concluyendo que en el presente caso se configuró un acto ficto producto del silencio administrativo negativo.

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 asignación 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 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

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 con base en el Índice de Precios al Consumidor -IPC-; (ii) referir el precedente jurisprudencial aplicable al caso de marras; y para finalizar, (iii) confrontar las referencias normativas y

jurisprudenciales, para entrar a determinar si en el caso concreto, le asiste o no al demandante el derecho reclamado.

i) 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 disponían, el Decreto 1211 de 1990³, 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 1993⁴, 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 de jubilación, 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.

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 1211 de 1990, entratándose de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

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”. (...)”

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.

ii) 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 Administrativo, ha dicho:

“(...) 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(...).⁵ (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 efecto, en reciente pronunciamiento comparó las alzas en dichos periodos, concluyendo que es más favorable para los miembros en general de la Fuerza Pública el reajuste de

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.

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 de manera ininterrumpida, 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.

iii) CASO CONCRETO

Aplicando todo lo anterior al caso concreto, y conforme se expuso en el acápite de fijación del litigio, se acreditó en el expediente que al señor José David Gómez, le fue reconocida una asignación de retiro, mediante Resolución N° 0912 de marzo 31 de 2004;⁹ de igual forma, se demostró que la parte demandante en septiembre 05 de 2014, elevó petición solicitando el reajuste de la asignación de retiro, no obstante lo anterior, la entidad accionada, hasta la fecha no ha emitido una respuesta de fondo a dicha solicitud, es decir se configuró un acto ficto producto del silencio administrativo negativo y en consecuencia se concluye que negó la reliquidación de la mencionada asignación, con base en el incremento porcentual del IPC.

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. 11-13, 73-73.

Por otra parte, claro está que el párrafo 4° adicionado al artículo 279 de la ley 100 de 1993¹⁰, 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 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.

El Despacho considera que no hay lugar a reliquidar ninguna diferencia a partir de enero 01 de 2005, fecha de la entrada en vigencia del 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, como quiera que el mencionado Decreto, regula de manera específica el sentido y alcance de los derechos de los miembros de las 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.

En consideración a lo expuesto con anterioridad y la jurisprudencia citada, el Despacho colige, que ciertamente en algunos casos resulta ser más favorable para los miembros de la fuerza pública, 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, razón por la cual con base en el material probatorio allegado al dossier, más precisamente la

¹⁰ Según lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 238 de 1995.

certificación emitida por la entidad demandada (fls. 93-94) referente al incremento de la asignación para el grado de Sargento Primero conforme al principio de oscilación para el año 2004 y el incremento del IPC decretado por el DANE, para este mismo año, lo anterior teniendo en cuenta, se reitera, que la asignación de retiro fue reconocida al actor a partir de diciembre 01 de 2003 (fls. 11-13), lo que nos indica que para este año y los anteriores no podrán realizarse un reajuste conforme al IPC, por cuanto no se produjo ningún pago pensional.

En relación con el año 2004, se realiza el siguiente cuadro comparativo:

TABLA DIFERENCIA PORCENTUAL IPC vs OSCILACION				
AÑO	OSCILACION	IPC	OSC.	IPC
	DECRETO No.	DECRETO No.	%	%
2004	4158 (10 de diciembre)	4150 (10 de diciembre)	5.38%	6,49%

De un sencillo análisis al cuadro anterior, concluye el Despacho, que es más favorable para el demandante el reajuste de su asignación con fundamento en el I.P.C., por el año 2004, aunado a que el derecho al reajuste no prescribe sino las diferencias de mesadas 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 de las mesadas causadas de la asignación. 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 tiempo¹¹.

De suerte que, tal reajuste debe realizarse desde la fecha misma de entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995; 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 del año 2004, teniendo en cuenta el incremento del IPC fue mayor al del sistema de oscilación; 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

¹¹ 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.
(...)”.

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 cuatrienal¹², se encuentran prescritas las diferencias de las mesadas causadas con anterioridad a septiembre 05 de 2010, como quiera que la petición ante la entidad demandada, se radicó en septiembre 05 de 2014.

No obstante, y pese a no haber lugar al pago de diferencias posteriores a septiembre 05 de 2010, porque, se repite, no se causaron. En cuanto a las mesadas causadas a partir del año 2004 se ordena su reliquidación, no obstante las diferencias de las mesadas se encuentran prescritas hasta septiembre 05 de 2010, atendiendo que el reajuste no prescribe.

Para la prescripción referida, en consideración a que el actor tenía derecho a la aplicación del IPC en el año 2004, en lugar del principio de oscilación que se le aplicó, la entidad deberá efectuar la liquidación por dicho año, aplicando el IPC vigente para tal fecha, y sobre esa suma, aplicará el porcentaje anual correspondiente, por cuanto si bien dicha diferencia no puede ser cancelada por encontrarse prescrita, sí debe ser utilizada como base para la liquidación de las mesadas posteriores¹³.

Por lo expuesto, el Despacho negará el pago de las diferencias solicitadas por el actor, y ordenará a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reajustar la mencionada prestación con base en el I.P.C., por el año 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 del demandante, los valores serán ajustados en los términos del inciso final del artículo 187 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \underline{\text{Índice final}}$$

¹² 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...".

¹³ 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

Índice inicial

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, 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). Los intereses, si los hubiere, serán reconocidos en la forma señalada en el numeral 4° del artículo 195 del CPACA.

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.

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.¹⁴, 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 interpretación¹⁵:

*“(...) 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 ineluctablemente 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.

¹⁴ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

¹⁵ 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.**

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8º 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,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la nulidad del **acto administrativo ficto o presunto**, que surgió producto de no haber dado respuesta a la petición formulada por el demandante en septiembre 05 de 2014; acto ficto a través del cual, se presume que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL negó la solicitud de liquidación de la asignación de retiro con base en el Índice de Precios al Consumidor -IPC- del petente.

SEGUNDO.- A título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reajustar la asignación de retiro del Sargento Primero ® José David Gómez, identificado con la CC. N° 2.688.431 de Vijes (V), con base en el I.P.C., por el año 2004, en el cual el IPC fue mayor al sistema de oscilación a él aplicado.

La Entidad deberá efectuar la liquidación correspondiente al año arriba mencionado, pues si bien dicha diferencia no puede ser reconocida desde dicho momento por encontrarse prescritas, debe ser tenida 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 la prescripción cuatrienal de las diferencias que surjan del ordenado reajuste, causadas con anterioridad a septiembre 05 de 2010.

CUARTO.- NEGAR el pago de las diferencias existentes entre el reajuste efectuado a la asignación del actor bajo el principio de oscilación y el incremento del IPC, para el año 2004, por encontrarse prescritas y las posteriores al 1 de enero de 2005, por no haberse causado, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, según lo expuesto.

QUINTO: NO CONDENAR en costas en esta instancia, tal como se expuso en la parte considerativa de esta sentencia.

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, comunicar a la entidad demandada, adjuntándole copia íntegra, para su ejecución y cumplimiento, conforme lo señala el inciso último del artículo 203 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: LIQUIDAR los gastos del proceso y **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