

EXPEDIENTE: 76001-33-33-005-2014-0090-00
DEMANDANTE: LEONOR CERINZA ESCOBAR Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL
MEDIO DE CONTROL: Nulidad y Restablecimiento del Derecho Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 114

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

Radicación: 76001-33-33-005-2014-00090-00
Demandante: LEONOR CERINZA ESCOBAR Y OTROS
Demandado: NACIÓN – MIN. DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
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 LEONOR CERINZA ESCOBAR, MARCELA JHOANA GUERERO CERINZA y NATHALY GUERRERO CERINZA en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

- 1.1. Declarar la nulidad de los actos administrativos contenidos en los **Oficios No. OFI13-38676 MDNSGDAGPSAP de septiembre 2 de 2013** y **No. OFI13-52910 MDNSGDAGPSAP de octubre 30 de 2013**, mediante el cual, la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL negó las peticiones solicitadas por las demandantes.
- 1.2. Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho se condene a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL a reajustar la pensión de las demandantes con aplicación del mayor porcentaje entre el índice de Precios al Consumidor IPC, y el decretado por el Gobierno Nacional para incrementar las 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 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 agosto 23 de 2009, en adelante hasta la fecha en que se dé cumplimiento al derecho precitado, con aplicación de la prescripción cuatrienal de conformidad a lo establecido en los decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990.
- 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, en la forma y términos señalados en los artículos 192 y 195 del CPACA y en lo dispuesto en la (Sentencia C- 188 del 24 de marzo de 1999).
- 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. Al fallecer el señor HERMINSUL LAURENCIO GUERRERO SANCHEZ, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 195 del Decreto 1211 de 1990, la entidad demandada, mediante Resolución No. 9503 de julio 19 de 1996, reconoció una pensión de beneficiaria a la señora LEONOR CERINZA ESCOBAR en su calidad de esposa del occiso.
- 2.2. La pensión reconocida a la señora CERINZA ESCOBAR, para los años 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 al demandante y equivalente a: **i)** 1.8% para el año 1999; **ii)** 0.85% para el año 2001; **iii)** 1.65% para el año 2002; **iv)** 0.58% para el año 2003, y finalmente, **v)** 1.04% para el año 2004.
- 2.3. Mediante derecho de petición radicado en agosto 23 de 2013 ante la entidad demandada, la actora solicitó 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.

2.4. La NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, mediante los actos administrativos que aquí se demandan dio respuesta desfavorable a la petición radicada por la actora.

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 137 de la ley 1437 de 2011.

4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

El apoderado 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; lo cual afirma, desconoce 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.

Sostiene igualmente, que el demandante es un adulto mayor que depende única y exclusivamente de su asignación de retiro, 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 asignación.

Para finalizar, el apoderado 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, conforme al IPC decretado por el DANE, en los años en que éste sea más favorable.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La apoderada de la entidad demandada en un primer término realiza un análisis sobre las diferentes tipologías de leyes existentes en nuestro ordenamiento jurídico, para concluir que mediante la Ley 238 de 1995 se permitió al personal de la Fuerza Pública incrementar sus asignaciones de retiro y pensiones conforme al IPC en los términos solicitados en la demanda; no obstante, aduce que dicha ley es de carácter ordinaria y por ende a través de ella no podía regularse la situación prestacional de tales servidores públicos, ya que debía darse prevalencia a lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992 y si se pretendía cambiar la forma de incrementar las referidas prestaciones debió hacerse a través de Decreto, atendiendo los parámetros fijados en la mencionada ley marco.

Refiere que la Fuerza Pública cuenta con un régimen salarial y prestacional, que difiere del régimen común u ordinario contenido en la Ley 100 de 1993, por lo que éste último no podrá ser aplicado a sus miembros.

Refiriéndose a la aplicación del principio de favorabilidad, indica que no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser este globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo el usuario pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general le sea más benéfica.

Reitera que las pensiones y asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública deben incrementarse a través del sistema de oscilación y no conforme al IPC en la forma y términos pretendidos por los actores, por lo cual solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

6. TRÁMITE PROCESAL

Mediante proveído No. 333 de mayo 15 de 2014, 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 abril 6 de 2015, dentro de la cual se saneó el proceso vinculando como litisconsortes necesarios por activa a las señoras MARCELA JHOANA GUERRERO CERINZA y NATHALY GUERRERO CERINZA por ser también beneficiarias de la pensión que aquí pretende reajustarse, a quienes se les tuvo como notificadas por conducta concluyente a partir de febrero 10 de 2016 en razón al poder que otorgaron al abogado ÁLVARO RUEDA CELIS.

Posteriormente, se llevó a cabo la continuación de audiencia inicial, llevada a cabo en junio 20 de 2016, dentro de la cual se fijó el litigio y se decretaron las pruebas consideradas pertinentes y que fueran solicitadas por las partes.

Finalmente se llevaron a cabo dos sesiones de audiencia de pruebas en las cuales se recaudó el material probatorio solicitado y se corrió traslado a las partes por el término de 10 días para alegar de conclusión.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Al comparar los alegatos de conclusión presentados por los apoderados de ambas partes con sus respectivos escritos de demanda y contestación, nota el Despacho que los mismos no difieren sustancialmente, razón por la cual no se realizará un relato sucinto de los mismos, sin embargo, su argumentación sí será tenida en cuenta para tomar la decisión de mérito que corresponda.

A su turno, el Agente del Ministerio Público asignado a este Despacho no rindió concepto sobre el particular.

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 las señoras LEONOR CERINZA ESCOBAR, MARCELA JHOANA GUERRERO CERINZA y NATHALY GUERRERO CERINZA tienen derecho al reconocimiento y pago del reajuste de su pensión, 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.

8.2. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

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

- (i) Efectuar una relación de los hechos probados en el presente asunto;
- (ii) 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-; y,
- (iii) Referir el precedente jurisprudencial aplicable al presente asunto, para finalmente definir el caso concreto.

8.2.1. 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 partes¹.

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

- Que el señor HERMINSUL LAURENCIO GUERRERO SANCHEZ ingresó al servicio del Ejército Nacional como Soldado en septiembre 11 de 1979, permaneciendo en tal grado hasta septiembre 16 de 1980; que fue nombrado como Cabo Segundo desde septiembre 16 de 1980, hasta septiembre 19 de

¹ 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.

1992; ascendido al grado de Sargento Viceprimero a partir de septiembre 20 de 1992, grado en el 27 de diciembre de 1995, fecha en la cual fue retirado por “defunción”, completando un tiempo total de servicios de dieciséis (16) años, seis (6) meses y siete (7) días².

- Que en razón al fallecimiento del señor GUERRERO SANCHEZ mediante Resolución No. 9503 de julio 9 de 1996, a la señora LEONOR CERINZA ESCOBAR en su calidad de esposa del occiso y a las señoras MARCELA JHOANA GUERRERO CERINZA y NATHALY GUERRERO CERINZA en su calidad de hijas, se les reconoció una pensión de beneficiarios a partir de marzo 27 de 1996 y en cuantía equivalente al 54% del sueldo de actividad correspondiente al grado con que fue retirado (Sargento Viceprimero) y partidas computables³
- Igualmente se acreditó, que entre los años 1999 y 2004 la pensión percibida por las demandantes fue incrementada bajo el sistema de oscilación en los siguientes 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%⁴.
- Se encuentra probado además, que mediante petición radicada en agosto 23 de 2013 ante la entidad demandada, la señora LEONOR CERINZA ESCOBAR solicitó la misma reliquidación que a través de esta demanda se pretende, pero la entidad demandada atendió desfavorablemente su solicitud mediante los actos administrativos demandados, agotándose con todo ello el procedimiento administrativo previo exigido como requisito de procedibilidad para acceder a esta jurisdicción⁵.

8.2.2. 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 279⁶, excluyó de su aplicación, entre otros, a los miembros de las Fuerzas Militares, razón por la cual, éstos

² Relación de desempeño de cargos y tiempo de servicios tomada de la hoja de servicios del demandante, visible a folio 17 del expediente.

³ Folios 18 a 20.

⁴ Folios 153 a 154.

⁵ Folios 3 a 11 y 15.

⁶ “**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

no eran acreedores del reajuste de sus asignaciones de retiro, como lo dispone el artículo 14⁷ de aquélla, 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 Decreto 1211 de 1990⁸, 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 1993⁹, 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 norma, 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 cita 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 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 I.P.C., de que trata el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de

aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas. (...)

⁷ “**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.”

⁸ Decreto 1211 de 1990, en tratándose de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

⁹ “**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”. (...)”

1993, por remisión expresa que hiciera el propio legislador en la Ley 238 de 1995, siempre y cuando fuere más favorable.

8.2.3. 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 benéficas, como en el caso de los miembros de la Fuerza Pública.

Sobre este aspecto, la Corporación de Cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ha dicho¹⁰:

“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 oportunidades¹¹, 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 sobre dicho tema, comparó las alzas en dichos periodos, para concluir 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 2004¹².

¹⁰ 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 Díaz 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.

¹¹ 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.

¹² 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.

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 posteriores¹³.

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.

9. ESTUDIO DEL CASO CONCRETO.

9.1. Lo probado dentro del proceso:

Aplicando todo lo anterior al caso concreto, y conforme se expuso, reiterando lo dicho frente al material probatorio allegado al proceso, tenemos que se acreditó mediante la copia de la Resolución No. 9503 de julio 9 de 1996¹⁴, que el señor HERMINSUL LAURENCIO GUERRERO SANCHEZ, ingresó al Ejército Nacional desde septiembre 11 de 1979 y se dio de baja por fallecimiento con fecha diciembre 27 de 1995.

A través del mismo acto administrativo, se establece que la señora LEONOR CERINZA ESCOBAR, esposa del fallecido; MARCELA JHOANA GUERRERO CERINZA, hija menor de edad y NATHALY GUERRERO CERINZA, hija menor de edad; les fue reconocida una pensión equivalente al 54 % del sueldo básico que percibe en todo tiempo un oficial o suboficial del mismo grado del causante; quedando comprometidos los beneficiarios a comprobar su supervivencia y a cotizar por concepto de pensión en cuantía del 4 % del valor asignado; y sometida a eventual redistribución del reconocimiento en un 50 % a favor de la esposa y 25 % a favor de cada una de las hijas citadas, en caso de presentarse otro beneficiario con igual o mejor derecho. No

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.

¹³ 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

¹⁴ Folios 18 al 20

obstante lo dicho, la señora LEONOR CERIZA ESCOBAR recibirá el pago total de las mesadas, en su condición de representante legal de sus hijas menores de edad.

Ambas hijas citadas como menores de edad, fueron vinculadas al proceso según consta en acta de audiencia inicial de abril 6 de 2015¹⁵ y confirieron poder ya como personas mayores de edad (MARCELA JHOANA GUERRERO CERINZA identificada con cédula de ciudadanía No. 1.095.817.568 y NATHALY GUERRERO CERINZA identificada con cédula de ciudadanía No. 1.098.785.087) al doctor ÁLVARO RUEDA CELIS, apoderado igualmente reconocido de la señora LEONOR CERINZA ESCOBAR.

También aparece acreditado que mediante solicitud radicada con fecha agosto 23 de 2010, la demandante solicitó reliquidar la asignación pensional conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993 (ajustes por I. P. C.), solicitud que fuera reiterada a través de comunicación de octubre 25 de 2013¹⁶.

De igual forma, se demostró que la entidad demandada, mediante los actos administrativos contenidos en los los **Oficios No. OFI13-38676 MDNSGDAGPSAP de septiembre 2 de 2013** y **No. OFI13-52910 MDNSGDAGPSAP de octubre 30 de 2013**, negó la reliquidación de la mencionada pensión, con base en el incremento porcentual del IPC¹⁷.

Mediante oficio de diciembre 19 de 2014, la Coordinadora del Grupo Contencioso Constitucional del Ministerio de defensa Nacional, informa acerca de valores que serán indexados entre 2009 y 2014 a la señora Convocante LEONOR CERINZA ESCOBAR¹⁸.

En este sentido, con el fin de establecer la favorabilidad respecto del reajuste de la pensión que devengan las demandantes, es preciso confrontar los porcentajes derivados de la aplicación del sistema de oscilación y del Índice de Precios al Consumidor. Al respecto tenemos que según la certificación emitida por la entidad demandada¹⁹, referente al incremento de la asignación para el grado de Sargento Viceprimero del Ejército Nacional, conforme al principio de oscilación para los años

¹⁵ Folios 125 al 130

¹⁶ Folios 8, 9, 10, 11

¹⁷ Folios 6, 7 y 15 frente y vuelto; 134 al 136 y 137 frente y vuelto

¹⁸ Folios 158 al 160

¹⁹ Folios 152, 153 al 155.

1999 a 2004 y el incremento del IPC decretado por el DANE²⁰, 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.	%	%
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)	8.00%	8,75%
2002	745 (17 de abril)	660 (10 de abril)	6.00%	7,65%
2003	3552 (10 de diciembre)	3535 (10 de diciembre)	6.41%	6,99%
2004	4158 (10 de diciembre)	4150 (10 de diciembre)	5.45%	6,49%

9.2. Consideraciones frente a lo probado dentro del proceso:

9.2.1. Procedencia de la reliquidación pensional

El párrafo 4° adicionado al artículo 279 de la ley 100 de 1993²¹, 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 NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL-, 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.

De un sencillo análisis al cuadro anterior, concluye el Despacho, que es más favorable para las demandantes el reajuste de su pensión con fundamento en el I.P.C., por los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, aunado a que para estas anualidades ya eran beneficiarias de tal prestación²², 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.

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

²¹ Según lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 238 de 1995.

²². Folios 18 a 20.

En consideración a lo expuesto hasta aquí, incluyendo la jurisprudencia citada en torno al tema, 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; de manera tal que es menester disponer dentro del proceso que nos ocupa, reliquidar la pensión reclamada atendiendo el análisis de la prueba efectuado.

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; 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.

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.

9.2.2. Análisis de la probabilidad de extinción del derecho a la pensión:

A la presente fecha, según consta en la Hoja de Servicios No. 324 correspondiente al señor HERMINSUL LAURENCIA GUERRERO SÁNCHEZ (Q. E. P. D.), su hija MARCELA JHOANA GUERRERO CERINZA, nacida el 29 de noviembre de 1993 ya cuenta con veintidós (22) años²³. Así mismo, NATHALY GUERRERO CERINZA, igualmente es mayor de edad según consta en poder otorgado para intervenir dentro de la actuación que nos ocupa²⁴.

Por tal razón, es preciso hacer referencia al tema de extinción de derecho a pensión, por independencia económica, matrimonio o por haber llegado a los 21 años de edad, salvo invalidez o estudios hasta los 24 años.

²³ Folios 17 y 18 frente y vuelto

²⁴ Folios 140 y 141

En tal sentido, para efectos de realizar la reliquidación ordenada a la entidad demandada, es preciso que verifique antes de proceder al pago respectivo mientras fuere procedente, el cumplimiento de lo consagrado en el artículo 188 del Decreto Ley 1211 de 1990, cuyo texto precisa:

“EXTINCION DE PENSIONES. A partir de la vigencia del presente Decreto, las pensiones que se otorguen por fallecimiento de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión militar, se extinguen para el cónyuge si contrae nuevas nupcias o hace vida marital y para los hijos, por muerte, independencia económica, matrimonio o por haber llegado a la edad de veintiún (21) años, salvo los hijos inválidos absolutos de cualquier edad y los estudiantes hasta la edad de veinticuatro años (24), cuando unos y otros hayan dependido económicamente del Oficial o Suboficial y mientras subsistan las condiciones de invalidez y estudios. El cónyuge sobreviviente no tiene derecho al otorgamiento de la pensión cuando exista separación legal y definitiva de cuerpos o cuando en el momento del deceso del Oficial o Suboficial no hubiere vida en común con él, salvo fuerza mayor o caso fortuito, debidamente comprobados. La extinción se irá decretando a partir de la fecha del hecho que la motive y por la cuota parte correspondiente. La porción del cónyuge acrecerá a la de los hijos y la de éstos entre sí y a la del cónyuge. En los demás casos no habrá derecho a acrecimiento (...)”

Al liquidar las sumas dinerarias en favor de las 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. pensión, 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.

Así las cosas, para efectos de poder continuar con el derecho a la pensión, la entidad demandada evaluará por los medios legales existentes, acerca de si persisten o no las condiciones citadas en tal disposición con el fin de continuar cancelando la pensión a las hijas del señor HERMILSON LAURENCIO GUERRERO (Q. E. P. D.) en la

proporción del 25 % antes referida o si por el contrario todo su valor se debe cancelar a favor de la señora LEONOR CERINZA ESCOBAR.

9.2.3. Excepción de prescripción

Ahora, es del caso entrar a analizar el tema de la prescripción de las diferencias causadas en los sueldos de retiro o mesadas de las 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 tiempo²⁵.

Así las cosas, y en virtud de la prescripción cuatrienal²⁶, el Despacho considera además que se encuentran prescritas las diferencias de las mesadas causadas con anterioridad a agosto 23 de 2009, como quiera que la petición ante la entidad demandada, se formuló en agosto 23 de 2013²⁷.

De otra parte, cabe aclarar que a partir de enero 1 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, como quiera

²⁵ 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.

(...)”.

²⁶ 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...”.

²⁷ Folios 3 a 4.

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 agosto 23 de 2009, porque, se repite, se encuentran prescritas, aun así, a las demandantes les asiste el derecho al reajuste sobre dicho periodo, por cuanto el mismo derecho pensional no prescribe.

Para la prescripción referida, en consideración a que las demandantes tenía 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 encontrarse prescritas, sí deben ser utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores²⁸.

Por lo expuesto, el Despacho, previa declaración de nulidad de los actos administrativos demandados, 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.

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.

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.²⁹, 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 interpretación³⁰:

²⁸ 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

²⁹ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

“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 8º del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

*“**ARTÍCULO 365. CONDENAS 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 de los actos administrativos contenidos en los **Oficios No. OFI13-38676 MDNSGDAGPSAP de septiembre 2 de 2013** y **No. OFI13-52910 MDNSGDAGPSAP de octubre 30 de 2013**, proferidos por la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, y mediante los

³⁰ 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.**

cuales se negó la reliquidación de la asignación de retiro a los demandantes, con base en el incremento porcentual del IPC.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho se ordena a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, reliquidar y pagar a las señoras LEONOR CERINZA ESCOBAR, MARCELA JHOANA GUERRERO CERINZA y NATHALY GUERRERO CERINZA su pensión 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 ellas aplicado, sin perjuicio de verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 188 del Decreto Ley 1211 de 1990, frente a la posibilidad de continuar realizando los pagos a favor de las dos últimas citadas.

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 oficiosamente la excepción de prescripción, en tal sentido, se prescribirán las diferencias de la asignación de retiro, que se causen con anterioridad a agosto 23 de 2009, 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: **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