



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, mayo trece (13) del año dos mil veinte (2020)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho.
Radicación N°: 15759-33-33-002-2018-00208-00.
Demandante: MARCO ALONSO FUQUEN OJEDA
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho¹ decidir de fondo la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, mediante sentencia en primera instancia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, el señor MARCO ANTONIO FUQUEN OJEDA solicita que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio 690 consecutivo 201892005 del 17 de septiembre de 2018 expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, por el cual se negó el reajuste de su asignación de retiro con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

Como consecuencia, y a título de restablecimiento del derecho solicita que se reajuste la asignación de retiro, adicionándole los respectivos porcentajes de la diferencia existente entre el incremento efectuado aplicando la escala gradual porcentual y el índice de precios al consumidor, que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los Arts. 192 y 195 del CPACA, adicionalmente que paguen intereses moratorios, se indexen las sumas obtenidas desde el 1° de Enero de 1997 y que se condene en costas y agencias en derecho (fl. 1-2).

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos (fl. 2-4) que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente forma:

Señala la demanda que mediante la Resolución No. 1301 del 11 de octubre de 1985, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció la asignación de retiro al señor Marco Alfonso (sic) Fuquen Ojeda, en su calidad de Sargento Vice-Primero ® del Ejército Nacional.

Agrega que la entidad ha reajustado la asignación de retiro del demandante conforme al principio de oscilación establecido en el Art. 169 del Decreto 1211 de 1990, lo cual desconoce lo señalado en los Arts. 1 de la Ley 238 de 1995, 14 y 279 párrafo de la Ley 100 de 1993 e implica que, durante los años 1997, 1998, 2001, 2003 y 2004, la asignación de retiro al actor se le haya reajustado con porcentajes inferiores al índice de precios al consumidor.

¹ Una vez establecida la inexistencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado y la estructuración de los presupuestos procesales para ello (Son aquellos requisitos que deben estar presentes en todo proceso, para que al Juez le resulte posible proferir una sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, sobre las pretensiones y excepciones propuestas. Ellos son: a) demanda en forma; b) competencia; c) capacidad para ser parte; e) capacidad procesal y f) legitimación en la causa).

Indica que el demandante presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho a fin de obtener el reajuste de su asignación de retiro tomando como base el IPC, así mismo solicitó la nulidad del Oficio N° 65320 del 11 de Diciembre de 2009, dicho proceso le correspondió al Juzgado Segundo Administrativo de Santa Rosa de Viterbo, Despacho que por medio de la sentencia calendada el 21 de Junio de 2012 declaró la nulidad parcial del acto enjuiciado.

Explica que el 27 de Agosto de 2018, el actor elevó petición ante la entidad demandada solicitando el reajuste de su asignación de retiro con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor para los años 1997 al 2004, la cual fue negada por CREMIL mediante Oficio No. 690 del 17 de septiembre de 2018, que corresponde al acto enjuiciado.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

De orden constitucional: El preámbulo y los Artículos 2, 4, 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política.

De orden Legal: Leyes 100 de 1993 y 238 de 1995, 923 de 2004, 1437 de 2011, 1564 de 2012, CST y los Decretos 1211 y 1212 de 1990.

Primer cargo: Excepción de inconstitucionalidad por primacía de la norma superior frente a la legal: Manifiesta que a partir de la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 15 de Noviembre de 2012, se entiende que los miembros de las fuerzas militares tienen derecho al reajuste de sus asignaciones de retiro con fundamento en la variación del índice de precios al consumidor para los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2003 y 2004, en la medida en que resulta más favorable que el establecido en el principio de oscilación, ello de conformidad con lo previsto en la Ley 238 de 2005.

Así mismo, sostiene que a partir de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 el reajuste de la asignación de retiro no se haría más de conformidad con el IPC, sino con el principio de oscilación previsto en el Art. 42 del citado Decreto, pero en todo caso la base de la asignación de retiro a 31 de Diciembre de 2004 debe contemplar el reajuste que en el pasado se ordenó con fundamento en la variación porcentual del IPC.

Indica que los Arts. 48 y 53 de la Constitución Política consagran el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, sin embargo el Decreto 1212 de 1990 no atiende a ese precepto superior, por lo cual CREMIL, debió inaplicarlo por inconstitucionalidad.

Segundo cargo: Violación del derecho fundamental de igualdad: Explica que el reajuste de la asignación de retiro del demandante con fundamento en el principio de oscilación genera un quebrantamiento del derecho a la igualdad, debido a que no debe existir deferencias injustificadas entre los pensionados, así lo ha manifestado la Corte Constitucional, entre otras en la sentencia C-461 de 1995.

Tercer cargo: Protección al adulto mayor: El acto administrativo cuestionado quebranta los derechos que les son inherentes a los adultos mayores, reduce su capacidad de compra, desconoce la protección especial, se genera pérdida del poder adquisitivo de su pensión que no les permite atender sus necesidades básicas, considera que la asignación de retiro del actor ha decrecido en un 10,06% lo cual es contrario a la constitución y lo estipulado por la Corte Constitucional en las sentencias C-387 de 1994 y C-461 de 1995.

Cuarto cargo: Mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones (Art.48 y 53 CP): Enfatiza en que las asignaciones de retiro son una forma de pensión de vejez, por lo que debe dárseles el mismo tratamiento, por tal razón es necesario que se mantenga el poder adquisitivo de las mismas, indica que sobre la particular se ha pronunciado la Corte Constitucional, entre otras en las sentencias C- 409 de 1994 C- 251 de 2003, C- 432 de 2004 y C-409 de 1994

Quinto Cargo: Principio de favorabilidad – principio in dubio pro operatio: Resalta que, al efectuarse el incremento de la asignación de retiro con base en el principio de oscilación, la entidad demandada actuó en contravía de lo previsto en el Art. 52 de la Constitución Política relacionado con el principio de favorabilidad, el cual le asiste al actor de acuerdo con los planteamientos efectuados en la Constitución y la ley y se debe mantener la condición más beneficiosa.

Sexto cargo: Respeto a los derechos adquiridos: Expone que CREMIL al realizar el aumento anual de las asignaciones de retiro en un porcentaje inferior al IPC vulnera el derecho que tienen los pensionados a mantener el poder adquisitivo de las mesadas tal como lo explica la Corte Constitucional en la sentencia C-067 de 1999.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares** contestó oportunamente la demanda (fls.52-58) en la que se opone a la prosperidad de las pretensiones y en cuanto a los hechos manifiesta que son ciertos aquellos relacionados con la actividad del demandante y el agotamiento de la sede administrativa.

Expone que los miembros de las Fuerzas Militares tienen un régimen especial en cuanto a la liquidación de sus asignaciones de retiro. Indica que la Ley 4 de 1992 establece las pautas para hacer los reajustes salariales y prestacionales para el sector público, agrega que con base en la mencionada norma se han expedido los decretos anuales de incremento que para el sector de las Fuerzas Militares se fundamenta en el principio de oscilación.

Explica que no en todos años reclamados en la demanda el IPC ha sido más favorable que el principio de oscilación, por lo cual de resultar valores en contra de la parte demandante es necesario emprender acciones legales con el objeto de recuperar los dineros pagados de más.

Enfatiza en que debe aplicarse el principio de sostenibilidad económica debido a que el sistema de seguridad social es ortodoxo, por tanto si los egresos superan los ingresos podría verse comprometido dicho principio. Adiciona que el acto administrativo demandado no se encuentra afectado por el vicio de falsa motivación o por cualquier otro.

Propone la excepción mixta de *cosa juzgada*, la cual fue decidida favorablemente respecto de las vigencias 1999, 2001 a 2004, no así respecto de la vigencia 1997, aspecto de debe resolverse en el fondo del asunto en esta providencia.

6. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue radicada en la Oficina de reparto el 26 de Septiembre de 2018 (fl.35) y a través de proveído del 08 de Octubre de 2018 fue inadmitida (fl.37), subsanado el defecto, por auto del 02 de Noviembre de 2018 (fl.44) es admitida.

Por auto del 26 de Marzo de 2019 (fl. 107) se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial, diligencia que se realizó el 24 de Julio de 2019 (fls. 109-128), en cuyo marco se evacuaron las etapas señaladas en el artículo 180 del CPACA, se declaró probada parcialmente la excepción de cosa juzgada respecto de las vigencias 1999, 2001 a 2004; se decretaron pruebas a petición de parte y de oficio con base en el artículo 213 *ibídem*.

El 25 de Septiembre de 2019 se llevó a cabo la audiencia de pruebas (fl. 146-148), en desarrollo de la misma se incorporaron las pruebas documentales aportadas, se reiteró el oficio con destino al Juzgado Segundo Administrativo de Duitama o la que corresponda, para que se remita el expediente del proceso N° 2010-478; se dispuso además, cerrar la etapa probatoria, prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y correr traslado para presentar alegatos de conclusión y para que el Ministerio Público rinda concepto.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la **parte demandante** presenta alegatos de conclusión dentro de la oportunidad legal (fl. 150-155), en cuyo marco explica que se pretende en la demanda de la referencia que se efectúen los incrementos conforme al IPC en la asignación de retiro del actor en los años 1997, 1998, 1999, 2000 a 2004, los cuales no fueron aplicados por CREMIL debiéndole al demandante el 10,06%.

Reitera que el Consejo de Estado en la sentencia del 15 de Noviembre del 2012, sostuvo que resulta más favorable el incremento de la asignación de retiro conforme al IPC y no al principio de oscilación, por lo cual la parte actora tiene derecho al pretendido reajuste.

Finalmente, solicita no ser condenado en costas y agencias en derecho en caso de que las pretensiones se despachen desfavorablemente, dado que no se ha comprobado la temeridad ni la mala fe.

La **CREMIL** no presenta alegatos de conclusión y el **Ministerio Público** no rinde concepto.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se contrae determinar si al sargento viceprimero ® Marco Alfonso Fuguen Ojeda tiene derecho al reajuste de su asignación de retiro con fundamento en lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, esto es, tomando como base en el Índice de Precios al Consumidor IPC en el año **1997** o si por el contrario debe ceñirse al principio de oscilación aplicado por la demandada.

9. MARCO NORMATIVO

Del reajuste anual de asignaciones de retiro y pensiones del personal de la Fuerza Pública con base en IPC.

La Ley 66 de 1989, revistió al Presidente de la Republica de facultades extraordinarias para reformar los estatutos y el régimen prestacional del personal de oficiales, suboficiales, agentes y civiles del ministerio de defensa, las Fuerzas Militares y Policía Nacional. En ejercicio de dichas facultades, el Gobierno Nacional expidió los Decretos Ley 1211 de 1990, mediante los cuales se regularon las prestaciones sociales del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y respecto a la liquidación y reajuste de la pensión el Art. 169 estableció el principio de oscilación así:

ARTICULO 169. OSCILACIÓN DE ASIGNACIÓN DE RETIRO Y PENSIÓN. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 de este Decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal.

El sistema de oscilación surgió con el objetivo de preservar el derecho a la igualdad entre iguales, es decir, el personal activo y el personal retirado. Dicho sistema de liquidación se aplicó tanto para la asignación de retiro como para las pensiones contempladas en eso mismo decreto.

La Ley 100 de 1993 estableció la forma como debía realizarse el reajuste de las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, señalando en su artículo 14, que se haría con fundamento en la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor – IPC certificado por el DANE en el año inmediatamente anterior, sin embargo el artículo 279 *Ibíd*em excluyó de su aplicación entre otros servidores del Estado, a los Miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional

No obstante, la Ley 238 de 1995 adicionó dicha norma en cuyo párrafo 4, prevé: *“las excepciones consagradas en el 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”*, por lo que desde entonces se admite que las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública deben hacerse con aplicación del sistema de variación anual del IPC de que trata el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993.

Sobre el particular, el Honorable Consejo de Estado, mediante sentencia de Sala Plena del 17 de mayo de 2007, C.P. Jaime Moreno García, número interno 8464-05, precisó que el reajuste pensional con fundamento en el IPC le resulta más favorable a los miembros de la Fuerza Pública que la aplicación de la Ley 4ª de 1992 y los estatutos de personal que consagran el principio de oscilación, indicando que este dejó de tener vigencia para el personal de la Fuerza Pública con la expedición de la Ley 238 de 1995, que es más favorable porque permite el incremento del IPC que prescribe la el Art. 14 de la Ley 100 de 1993

Ahora bien, con la expedición de la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004, reglamentada por Decreto 4433 de 2004, por medio del cual se fijó el régimen pensional de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, impuso nuevamente el sistema de oscilación como la forma de incrementar esa prestación.

De otra parte, la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante providencia del 27 de enero de 2011, CP Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado interno No. 1479-09, precisó, que como quiera que el reajuste con aplicación del IPC, incide directamente en la base de la respectiva prestación pensional, las diferencias reconocidas sobre ésta deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores.

En conclusión, la actualización de la asignación de retiro y pensiones procede desde el año de 1997, año en que la base pensional se ha ido modificando y sólo puede efectuarse hasta el día 31 de diciembre del año 2004, fecha en que se volvió a establecer el sistema de oscilación que existía bajo la vigencia del Decreto 1211 de 1990.

10. CASO CONCRETO

Se encuentra probado que al señor Sargento Viceprimero (R) MARCO ALONSO FUQUEN OJEDA mediante Resolución N° 1301 del 11 de Octubre de 1985, expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le fue reconocida una asignación de retiro a partir del 1° de Noviembre de 1985 (fls78-79). Igualmente el demandante, solicitó el reajuste de la mesada con base en el IPC para las vigencias 1997 a 2004, la cual fue negada mediante Oficio 690 consecutivo 201892005 del 17 de septiembre de 2018 (fl.29)

Valga precisar que respecto de las diferencias reclamadas para las vigencias 1999 y 2001 a 2004, el Despacho decretó la excepción mixta de cosa juzgada, sin que la decisión hubiere sido objeto de impugnación, por cuanto quedó demostrado que las mismas fueron objeto de decisión judicial adelantada por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Duitama dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho Radicado 2010-00478 (*Anexo que contiene 247 folios*) con decisión en firme, por lo que el litigio se fijó exclusivamente en relación con la vigencia 1997, sin observaciones por la parte demandante.

En este orden, conforme a la Certificación expedida por la Coordinadora Grupo Centro Integral de Servicio al Usuario de CREMIL (fls.137-138), en la que señala los porcentajes de aumento pensional para la vigencia de 1997, documento que refleja el incremento decretado para el personal activo, como para el retirado, sumas fijas establecidas en el Decreto Nacional 122 del 16 de enero de 1997, se señala que para esa vigencia el referido incremento fue del **23,40%**.

Ahora bien, conforme a la consulta realizada en la página oficial del DANE, www.dane.gov.co, se logró establecer que el incremento del Índice de Precios al Consumidor, para el año 1996, esto es el año inmediatamente anterior al reclamado, fue de **21,63%**, es decir que el incremento de la asignación de retiro fue superior al IPC, con una diferencia positiva del **1,77%** en favor del demandante.

En este orden, como lo pide la demandada, resulta no debe ajustar la asignación de retiro desde el año 1997, por cuanto en aplicación del principio de oscilación, ésta fue incrementada en mayor medida que el IPC certificado por el DANE; en este orden se comparten, ni se comprende, la insistencia que hace en las alegaciones finales para que se reconozca una diferencia respecto de las vigencias 1999 y 2001 a 2004, sobre los que pesa cosa juzgada, con reconocimiento del derecho incluso.

Entonces el litigio versó exclusivamente respecto de la vigencia de 1997, en cuyo desarrollo del proceso, se probó que no se presentó ninguna diferencia que afecte el derecho pensional del demandante, sino al contrario, la diferencia es positiva, por lo cual resultan infundados los cargos propuestos en la demanda, puesto que ningún vicio de nulidad afecta el acto demandado y por lo tanto se negarán las pretensiones de la demanda.

11. COSTAS

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, se condenará costas a la parte demandante, sujeto procesal vencido en la sentencia, para lo cual se adelantará el trámite previsto en el Código General del Proceso.

Conforme al Acuerdo PSAA-16-10554 de 5 de agosto de 2016 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fija como agencias en derecho el equivalente al 4% del valor de las pretensiones estimadas en el escrito de subsanación de la demanda \$17.909.243 (fl.40).

12. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sogamoso, “*administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley*”

FALLA:

Primero.- Negar las pretensiones de la demanda.

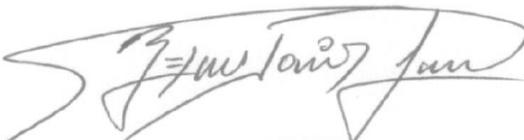
Segundo.- Condenar en costas a la parte demandante, las cuales se liquidarán por Secretaría del Juzgado, aplicando el procedimiento del artículo 366 del CGP.

Tercero.- Fijar agencias en derecho el equivalente al 4% del valor de las pretensiones estimada en escrito de subsanación de la demanda, \$17.909.243,72 (fl.40).

Cuarto.- Ejecutoriada esta providencia, devolver a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello; archívese el expediente dejando las anotaciones de rigor.

Quinto.- Devuélvase el expediente 15693-33-31-002-2010-00478-00 al Juzgado Segundo Administrativo Oral de Duitama para su custodia y archivo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO

JUEZ

AGO