



<b>TEMA</b>	RELIQUIDACIÓN Y REAJUSTE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO CON BASE EN EL I.P.C
<b>RADICACIÓN</b>	73001-33-33-012-2017-00151-00
<b>MEDIO DE CONTROL</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>DEMANDANTE</b>	DELIO JAIME OSPINA NARVÁEZ
<b>DEMANDADO</b>	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
<b>ASUNTO</b>	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Ibagué, ocho (08) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Procede el Despacho a resolver el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho formulado por el señor **DELIO JAIME OSPINA NARVÁEZ** contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL**, mediante el cual solicita un pronunciamiento judicial favorable sobre las siguientes,

#### 1. PRETENSIONES

**PRIMERA:** Declarar la nulidad del acto administrativo y obtener el restablecimiento del derecho vulnerado por el oficio No. 320 del 14 de mayo de 2012, suscrito por el representante legal de la respectiva caja o a quien este designó, conforme al porcentaje más alto aumentado entre el índice de precio al consumidor (IPC) y la escala salarial porcentual creada en la Ley 4ª de 1992. Quien niega el reajuste, la reliquidación, el computo en la asignación de retiro; y el pago de los dineros retroactivos, con su respectiva indexación, porcentajes de ajustes salariales que se dejaron de pagar conforme a los aumentos decretados por el Gobierno Nacional, diferencias económicas que no han sido reconocidas actualmente al accionante, las cuales están causando un injustificado detrimento patrimonial. Desde el años 1997 a 2004.

**SEGUNDA:** Como consecuencia de la anterior declaración, se condene al Ministerio de Defensa Nacional y a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a pagar, reliquidar, reajustar y computar en la asignación de retiro del accionante, las diferencias de porcentajes salariales más favorables de aumentos efectuados desde 1997 a 2004 y reajustar la asignación de retiro a partir del 31 de diciembre de 2005 con su respectiva indexación, surtiendo efectos fiscales cuatro años anteriores al momento de haberse radicado las solicitudes de reajuste ante la entidad accionada.

**TERCERA:** Ordenar a la entidad accionada realizar el reajuste y computo en la asignación de retiro desde el 31 de diciembre de 2005, debiéndose tener en cuenta el porcentaje total y acumulado dejado de pagar desde 1997 a 2005, debiendo optar por el mas favorable entre el IPC y la escala salarial porcentaje, y conforme a la prescripción cuatrienal que aplica para el presente caso según la fecha de agotamiento de la vía gubernativa. Además, de que el porcentaje de pago, reajuste y reliquidación de la asignación de retiro corresponde para el caso bajo examen en 5%, teniéndose en cuenta en la reliquidación los porcentajes más altos y favorable acumulados desde el año 1997 a 2004, tomando nueva base a partir del 31 de diciembre de 2005.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00151-00  
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: DELIO JAIME OSPINA NARVÁEZ  
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL

**CUARTA:** Condenar al Ministerio de Defensa Nacional y a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en costas y agencias en derecho conforme lo ordena la ley.

**QUINTA:** Ordenar a la entidad demandada a dar cumplimiento a la sentencia en los términos de la Ley 1437 de 2011 en sus artículos 192 y 195, así como también, se ordene la indexación de los valores resultantes por la pérdida del poder adquisitivo monetario.

Las anteriores súplicas se fundamentan en los siguientes:

## 2. HECHOS

**PRIMERO:** Por haber cumplido el tiempo requerido como trabajador del Estado Colombiano en el régimen especial, el accionante en el grado Sargento Segundo adquirió asignación de retiro o pensión

**SEGUNDO:** Conforme al reajuste por el porcentaje más alto o más favorable entre el IPC y la escala salarial porcentual, el accionante solicitó al Director de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, cambiar la base prestacional a partir del 1° de enero de 2005, reajustar, reliquidar, pagar y computar en la asignación de retiro el porcentaje de 5,6999% como corresponde en el grado de pensión o asignación de retiro.

**TERCERO:** Al accionante se le reconoció su estatus pensional a partir del 1° de abril de 2001 mediante sentencia del Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión del Circuito de Ibagué el 30 de noviembre de 2015.

## 3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El apoderado de la parte actora señala que el acto demandado transgredió las siguientes normas: Preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 5, 13, 25, 46, 48 y 53 de la Constitución Política, Ley 238 de 1995, artículo 14 y 279 de la Ley 100 de 1993.

Luego se limitó a transcribir apartes de leyes y jurisprudencia.

## 4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES contestó la demanda indicando frente a los hechos son ciertos y señalando que, conforme los últimos pronunciamientos del Consejo de Estado consolidado en el precedente jurisprudencial sobre reajuste de las asignaciones de retiro y/o sustituciones pensionales con base en el IPC; en el presente es procedente la conciliación judicial.

Argumentó el apoderado que el régimen prestacional de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares se rige por las disposiciones vigentes al momento de los hechos, las cuales prevalecen sobre las disposiciones de carácter general.

Por lo anterior afirmó que al pertenecer los miembros de la fuerza pública a un régimen especial que contempla que las asignaciones de retiro deben reajustarse anualmente de conformidad con el principio de oscilación, el gobierno expide anualmente mediante decretos los incrementos que deberán aplicarse a los sueldos.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00151-00  
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: DELIO JAIME OSPINA NARVÁEZ  
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL

Agregó que de conformidad con el Decreto Legislativo No 01 de 2005, por el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política el cual dispone: "no habrá regímenes especiales exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública..."

Como excepción propuso las que denominó PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO de las mesadas, de conformidad con la sentencia del Consejo de Estado, sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila dentro del expediente 250002325000201100710 01 No. interno 1651-2012 y de fecha 29 de noviembre de 2012.

## **5. ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda fue admitida mediante auto del 31 de julio de 2017, para ello se dispuso notificar al ente accionado (Fls. 32 y s.s.).

Luego de notificarse debidamente el extremo pasivo y agotarse el término para la contestación, mediante proveído fechado el 28 de marzo de 2019 se fijó fecha para adelantar la audiencia inicial (Fl. 105); momento en el que se saneó el proceso; se incorporaron las pruebas y se escucharon los alegatos de conclusión, oportunidad que fue aprovechada por las partes (Fls. 107 - 120).

Por lo anterior no admiten reparo alguno los denominados presupuestos procesales, jurisdicción, competencia y capacidad de las partes; y, ausente como se encuentra la actuación de vicio con idoneidad anulatoria, es procedente emitir la decisión de mérito que en Derecho corresponda.

## **6. CONSIDERACIONES**

### **6.1. DE LAS EXCEPCIONES**

La excepción de prescripción tienen relación directa con el fondo del asunto, su estudio y decisión se realizará al momento de analizar la pretensión anulatoria.

### **6.2. PROBLEMA JURÍDICO**

Se circunscribe en determinar si es procedente la aplicación del incremento anual conforme a la variación porcentual del IPC –propio del régimen general de pensiones -, para efectuar el reajuste de la asignación de retiro que disfruta el señor DELIO JAIME OSPINA NARVÁEZ, de conformidad con los parámetros fijados en los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 238 de 1995 que, a su vez, adicionó el artículo 279 de la referida norma.

### **6.3. PREMISAS NORMATIVAS Y JURISPRUDENCIALES**

Previo a abordar el estudio de fondo del asunto sometido a decisión, considera el Despacho pertinente efectuar un análisis del marco Constitucional, Legal y Jurisprudencial del Reajuste y Reliquidación de la asignación de retiro de los Miembros de la Fuerza Pública.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00151-00  
MEDIO CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: DELIO JAIME OSPINA NARVÁEZ  
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL

De acuerdo con las previsiones del artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política de Colombia, al Congreso le corresponde dictar las normas generales y precisar en ellas, los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional, para fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública. Por tanto, y en desarrollo del referido mandato, se expidió la Ley 4ª de 1992, en cuyo artículo 1º, literal d), el Congreso dispuso que el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esa Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

En virtud de lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1211 de 1990, en cuyo artículo 169 dispuso lo siguiente:

**"ARTÍCULO 169. OSCILACION DE ASIGNACION DE RETIRO Y PENSION.** 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. Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

**PARAGRAFO.** Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de Oficiales Generales y de Insignia, Coroneles y Capitanes de Navío, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto."

En contraste con lo anterior, respecto del reajuste de las pensiones ordinarias, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, señala:

**"ARTÍCULO 14. Reajuste de Pensiones.** 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."

Es decir, que dependiendo del régimen que cobije al detentor de una pensión o asignación de retiro, así mismo se calcularía el incremento anual de sus respectivas mesadas.

En consonancia con lo hasta ahora expuesto, el artículo 279 de la misma Ley 100 de 1993, plasmó expresamente las excepciones a la cobertura de las prerrogativas consagradas para el Sistema Integral de Seguridad Social contenido en dicha Ley, precisando que éstas no se aplicarían, entre otros, a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal civil que presta sus servicios en el Ministerio de Defensa, la Policía Nacional y en la Justicia Penal Militar y su Ministerio Público, con excepción de aquel que se vincule a partir de su vigencia.

Posteriormente, el Congreso de la República<sup>1</sup> profirió la Ley 238 de 1995, mediante la cual adicionó un párrafo a la disposición en cita, zanjando las disparidad referida, en el sentido de precisar que los regímenes exceptuados por dicha norma, no podían verse excluidos de los beneficios y derechos contemplados en los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993, para los pensionados de los sectores allí contemplados. Por lo tanto, a partir de ese momento, el personal en uso de retiro de la Fuerzas Militares y la Policía Nacional, así como los civiles que prestaron sus servicios al Ministerio de Defensa, a la Justicia Penal Militar o a su Ministerio Público, tuvieron el derecho al pago de la mesada adicional en el mes de junio de cada año y al reajuste anual de su

<sup>1</sup> Por la cual se adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00151-00  
MEDIO CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: DELIO JAIME OSPINA NARVÁEZ  
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL

asignación de retiro de conformidad con el IPC certificado por el DANE durante el año inmediatamente anterior.

Precisado lo anterior, resulta oportuno proceder a dar solución al problema jurídico que en líneas superiores fue delimitado y que radica en la forma como se ha reajustado y se debe reajustar la pensión de sobreviviente de la demandante, toda vez que, el método utilizado es el llamado "*principio de oscilación*", en virtud del cual las pensiones otorgadas, se incrementan en el mismo porcentaje que las asignaciones de los miembros que se encuentran en actividad, como lo preveía el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 y que ahora mantiene el Decreto 4433 de 2004 que en su artículo 42 precisa:

**"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."

Es claro para esta instancia judicial, al igual que lo ha reiterado la Jurisprudencia de nuestra jurisdicción contenciosa, que el método descrito constituye una prerrogativa para los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional; sin embargo, no puede señalarse que sea el más favorable, si se tiene en cuenta que por la situación económica del país, eventualmente puede que éste resulte inferior al índice de precios al consumidor, es decir, que existe la posibilidad que en algunos años éste aumento sea inferior al del IPC, produciéndose un detrimento económico en las asignaciones de retiro y pensiones de los uniformados.

La evolución de éste tema se ha venido dando en marcada jurisprudencia de nuestros Tribunales, siendo ratificada por el máximo órgano de cierre de esta Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo <sup>2</sup>, entre otras, en sentencia de la Sección Segunda, con fecha 17 de mayo de 2007, proferida dentro del expediente identificado con el radicado No. 25000-23-25-000-2003-08152-01<sup>3</sup>, de tal suerte que, hasta hace un tiempo, se consideró que encontrándose los miembros de la Fuerza Pública cobijados por un régimen especial, no era posible aplicarles el régimen general en lo favorable, pues dicha mixtura implicaría, en primer lugar, una afectación al derecho a la igualdad de los servidores sometidos al régimen general que no tendrían opción de ver mejorados sus derechos, sino a través de una reforma normativa, y en segundo lugar, porque ello implicaría el desconocimiento al principio de inescindibilidad.

No obstante, fue el mismo legislador a través de la Ley 238 de 1995, quien dispuso la aplicación parcial de las normas generales, cuando en determinadas circunstancias

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 17 de mayo de 2007. Radicación No. 25000-23-25-000-2003-08152-01, C.P. Jaime Moreno García.

<sup>3</sup> "No existe la menor duda en el sentido de que bajo los mandatos del artículo original 279 de la ley 100 de 1993 los pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional no eran acreedores del reajuste de sus pensiones como lo dispone el artículo 14 de aquella, vale 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 1212 de 1990, o sea mediante la oscilación de las asignaciones de los miembros de la Policía Nacional en actividad.

Pero, la ley 238 de 1995, adicionó el artículo 279 de la ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:

"Párrafo 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."

Lo cual quiere significar que a partir de la vigencia de la ley 238 de 1995, el grupo de pensionados de los sectores excluidos de la aplicación de la ley 100 de 1993, si 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 como lo dispuso el artículo 14 de la última, y a la mesada 14 en los términos del artículo 142 ibidem...".

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00151-00  
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: DELIO JAIME OSPINA NARVÁEZ  
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

resulten más favorables a los beneficiarios de regímenes especiales o cuando sus disposiciones produzcan un desmejoramiento de los derechos laborales y prestacionales.

De esta forma, forzoso es colegir que a partir de la vigencia de dicha Ley, los pensionados de los sectores excluidos en un principio por la Ley 100 de 1993, tienen derecho a que se les reajusten sus pensiones con base en el Índice de Precios al Consumidor, es decir, que pese a la primacía del régimen especial sobre el general, las pensiones señaladas y reconocidas bajo el imperio de normas especiales, pueden incrementarse por los métodos descritos en los artículos 14 y 142, por expresa disposición de la ley.

Efectivamente sobre el tema, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de fecha 21 de agosto de 2008, señaló<sup>4</sup>:

"El ajuste de pensiones y asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública debe hacerse conforme al 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. A lo anterior se agrega, que además de la aplicación del ajuste del I.P.C. por remisión expresa del Legislador, la Sala también llegó a tal conclusión en razón del principio constitucional de favorabilidad que, por lo general, gobierna a los regímenes especiales, como es el caso de los miembros de la Fuerza Pública."

Significa lo anterior, que sin desconocer el principio de inescindibilidad del régimen especial que rige a la Fuerza Pública, a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995, las prerrogativas en mención no pueden ser desconocidas a los Miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en aplicación del principio de favorabilidad, disponiéndose en todos estos pronunciamientos que el ajuste de las asignaciones de retiro a partir del año de 1995, debía hacerse con fundamento en el I.P.C. que certifique el DANE, pero tan sólo hasta el año de 2004, toda vez que mediante el artículo 3° de la Ley 923 de 2004, reglamentado a su vez por el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, el Legislador retornó al sistema de oscilación como fórmula aplicable para calcular el incremento de las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública; en consecuencia, el reajuste con base en el IPC solamente procedía hasta el 31 de diciembre de 2004.

En el mismo pronunciamiento, el H. Consejo de Estado, señaló:

"En ese orden, el ajuste de las asignaciones de retiro a partir del año de 1995 deberá hacerse con fundamento en el I.P.C. que certifique el DANE; fórmula aplicable hasta el año de 2004, en razón de que el propio Legislador volvió a consagrar el sistema de oscilación como la forma de incrementar las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, a través del artículo 3 [3.13] de la Ley 923 de 2004, el cual fue reglamentado por el artículo 42 del Decreto 4433 del mismo año en los siguientes términos:

'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.'

Con fundamento en los argumentos transcritos, la Sala encuentra acertada la decisión del Tribunal, en cuanto ordenó el ajuste de la asignación de retiro del actor con base en el I.P.C. certificado por el DANE, tal como está previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sección segunda, Subsección B- Sentencia del 21 de agosto de 2008. Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00389-01(0663-08) C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00151-00  
MEDIO CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: DELIO JAIME OSPINA NARVÁEZ  
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL

1993 desde el 18 de octubre de 2002, por haber acaecido el fenómeno de la prescripción. Sin embargo, la Sala considera oportuno adicionar dicha decisión en el sentido de ordenar que el reajuste se haga hasta el 31 de diciembre de 2004, por cuanto, como quedó explicado, tanto el Legislador como el Ejecutivo previeron nuevamente para los miembros de la Fuerza Pública el sistema de oscilación, como fórmula especial de ajuste de las asignaciones de retiro.”

#### 6.4. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

- El señor **DELIO JAIME OSPINA NARVÁEZ**, prestó sus servicios en el Ejército Nacional por un tiempo de 21 años, 06 meses y 26 días como MÚSICO desde el 20 de marzo de 1980 al 1° de abril de 2001<sup>5</sup>.

- Mediante Resolución No. 1094 del 15 de abril de 2011, el Ministerio de Defensa ordenó extinguir a partir del 09 de julio de 2005, la pensión de jubilación reconocida y pagada al ex - Adjunto Jefe del Ejército Nacional DELIO JAIME OSPINA NARVÁEZ, pensión reconocida a través de la Resolución No. 331 de 05 de febrero de 2002 (Fls. 8-10).

- A través de la Resolución No. 281 del 24 de enero de 2011, declarada vigente y con plena eficacia por la Resolución No. 3957 del 26 de agosto de 2011, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al Sargento Segundo (r) DELIO JAIME OSPINA NARVÁEZ a partir del 09 de julio de 2005 (Fls. 11 – 12, 100 -102).

- Con derecho de petición presentado el día 12 de abril de 2012, el accionante solicitó, la reliquidación, reajuste y pago de la asignación de retiro conforme al IPC entre los años comprendidos de 1997 a 2006 (Fls. 5 - 6).

- Mediante oficio No. 0320 del 14 de mayo de 2012, expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, le manifiesta que no hay lugar acceder a la petición, toda vez que, los aumentos conforme el principio de oscilación fueron superiores al IPC en los años 2006 y 2007 y fueron equivalentes los aumentos correspondientes a los años 2005, 2008, 2009 y 2010 (Fl. 4).

#### 6.5. CASO CONCRETO

El señor Delio Jaime Ospina Narvárez laboró para el Ejército Nacional por un término de 21 años, 6 meses y 26 días como músico de la banda de la institución castrense; pensionándose a través de la Resolución No. 331 del 5 de febrero de 2002<sup>6</sup>.

Posteriormente, el Honorable Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección A, en sentencia del 9 de julio de 2009<sup>7</sup>, manifestó que de conformidad con lo establecido en la Ley 149 de 1896, el señor Ospina Narvárez gozaba de un rango militar y ordenando al Ejército Nacional la corrección de la hoja de servicios del aquí accionante.

Frente la anterior decisión, la Dirección Personal del Ejército Nacional expide la Hoja de Servicios No. 136 del 09 de marzo de 2010, otorgándole el grado de Sargento de Segundo

<sup>5</sup> Fol. 64 reverso, 86, 88 reverso y 100.

<sup>6</sup> Fls. 81 adverso – 82.

<sup>7</sup> Fl. 65-69

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00151-00  
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: DELIO JAIME OSPINA NARVÁEZ  
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL

de las Fuerzas Militares de Colombia, la cual fue aprobada a través de la Resolución N° 0324 del 8 de marzo de 2010<sup>8</sup>.

Así mismo, la Secretaría General del Ministerio de Defensa de la Resolución No. 1094 de 15 de abril de 2011, extinguió la pensión de jubilación del señor Delio Jaime Ospina Narváez y se ordenó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL reconocer la asignación de retiro al aquí accionante, desde el 9 de julio de 2005 al 30 de abril de 2011.

Ante la anterior orden, la entidad accionada expidió la Resolución No. 3957 del 26 de agosto de 2011, por medio del cual ordena el reconocimiento y pago de la asignación de retiro del señor Ospina Narváez<sup>9</sup>.

Finalmente, el Juzgado Cuarto Administrativo de Descongestión del Circuito de Ibagué en providencia del 30 de octubre de 2015 declaró la nulidad del artículo 1° de la Resolución No. 1094 del 15 de abril de 2011 expedida por la Secretaría General del Ministerio de Defensa y en consecuencia, ordenó extinguir la pensión de jubilación a partir del 1° de abril de 2001, fecha que adquirió el status pensional.

Habiendo efectuado las anteriores precisiones, el Despacho advierte que a través del presente medio de control, el señor Delio Jaime Ospina Narváez pretende la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 320 del 14 de mayo 2012, por medio del cual se negó la reliquidación y reajuste de su asignación de retiro, en relación con la adición de los porcentajes correspondientes a la diferencia entre lo pagado en aplicación del principio de oscilación y lo dejado de pagar, según los aumentos decretados por el Gobierno Nacional conforme al Índice de Precios al Consumidor (I.P.C.), año a año a partir de 1997 y hasta el 2004.

Así las cosas, este Despacho considera procedente acceder a lo peticionado por la parte actora, acogiendo el criterio ratificado por el H. Consejo de Estado en los pronunciamientos ya citados, así como también, por el Honorable Tribunal Administrativo del Tolima, como quiera al momento de adquirir el *status* de pensionado, se encontraba vigente la Ley 238 de 1995, por tal motivo el incremento de la mesada pensional se debía ser con base al Índice de Precios al Consumidor (IPC) y no con base los aumentos establecidos por el Gobierno Nacional.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta que lo que prescribe son las mesadas y no el derecho al reajuste de la pensión, se declarará la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 320 del 14 de mayo de 2012 suscrito por la Subdirectora de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, mediante el cual se negó el reajuste reclamado por la demandante en petición elevada el día 12 de abril de 2012, como quiera que desconoció el ordenamiento jurídico en que debía fundarse.

En consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, conforme a las facultades conferidas por el artículo 187 del C.P.A.C.A., se dispondrá condenar a CREMIL a reconocer y pagar al demandante la diferencia que surja del reajuste anual de su asignación de retiro, entre la aplicación del principio de oscilación y el índice de precios al consumidor IPC (artículo 14 de la ley 100 de 1993), por los años 2001<sup>10</sup> a 2004 en los que sea más favorable, toda vez que a la luz de lo dispuesto en la Ley 923 de 2004, reglamentada por el artículo 42 del Decreto 4433 de la misma anualidad, se volvió a consagrar el sistema de oscilación que existió bajo la vigencia del Decreto 501 de 1955<sup>11</sup>, tal como lo estableció nuestro Honorable Consejo

<sup>8</sup> Fl. 86.

<sup>9</sup> Fls. 11-12.

<sup>10</sup> Fecha en que se le reconoció y pago la pensión de jubilación, la cual fue extinguida y reconocida su asignación de retiro en razón a su calidad de militar.

<sup>11</sup> Mediante este decreto fue reconocida inicialmente la asignación de retiro al Sargento segundo del Ejército Nacional José Joaquín Ortiz Sánchez. El mismo contemplaba lo siguiente frente a la oscilación de las asignaciones reconocidas: "Artículo 121. La asignación de retiro

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00151-00  
MEDIO CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: DELIO JAIME OSPINA NARVÁEZ  
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL

de Estado en sentencia de la Sección Segunda – Subsección “B”, de fecha 12 de febrero de 2009<sup>12</sup>, pero cancelando sólo la diferencia, hasta la fecha que surja conforme al fenómeno de la prescripción cuatrienal.

Las diferencias resultantes deberán ajustarse en su valor con aplicación de la siguiente fórmula:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de la diferencia insoluta de la pensión a que tiene derecho, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Así mismo, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

No obstante lo anterior, el Despacho precisa que la entidad demandada deberá efectuar la reliquidación de la pensión que disfruta el señor DELIO JAIME OSPINA NARVÁEZ desde el año de 2001, fijando la base de liquidación para cada anualidad hasta la época actual y las que se generen a futuro como consecuencia de la reliquidación de la base pensional, en tanto que las diferencias que resulten con ocasión de la aplicación del índice de precios al consumidor hasta el 31 de diciembre de 2004, se utilizarán como base para la liquidación de las mesadas posteriores, es decir, para acumularlas al aumento reconocido a partir del 1° de enero de 2005 y esa acumulación seguirá teniendo efectos para las bases pensionales de 2006 y así sucesivamente, hasta la fecha.

De lo anterior se ha expresado el Honorable Consejo de Estado<sup>13</sup> en casos similares al que aquí se estudia de la siguiente forma:

“Analizado el caso objeto de estudio, observa la Sala que al aplicarse el reajuste a partir de 1997, la base de la mesada se ve afectada y por ende su valor se va incrementando de manera paulatina, razón por la cual, es evidente que una cosa es que se haga un incremento con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor a la base de liquidación de la mesada pensional y otra distinta que se aplique el principio de oscilación para realizar los incrementos anuales.

Entonces, 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 en anteriores oportunidades las diferencias reconocidas a la base pensional si deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores.

Así las cosas, esta Sala habrá de precisar que como quiera que la base pensional se ha ido modificando desde 1997, con ocasión de la aplicación del IPC, es claro que necesariamente este incremento incide en los pagos futuros y por ende mal puede

de que trata el artículo anterior no se liquidará ni pagará por cantidades fijas, sino en forma oscilante, tomando como base las fluctuaciones de las asignaciones de actividad vigentes en todo tiempo para cada grado.”

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 12 de febrero de 2009, Radicación: 25000-23-25-000-2007-00267-01(2043-08) C.P. Gerardo Arenas Monsalve, y en la cual reitera el pronunciamiento efectuado en la materia, a través de la sentencia del 21 de agosto de 2008 Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00389-01(0663-08) C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 27 de enero de 2011, Radicación No. 25000-23-25-000-2007-00141-01 (1479-09), C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00151-00  
MEDIO CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: DELIO JAIME OSPINA NARVÁEZ  
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL

establecerse limitación alguna, cuando este incremento no se agota en un tiempo determinado.

En consecuencia, se modificará el numeral 4° de la providencia objeto de estudio, en el sentido de ordenar que las diferencias que resulten con ocasión de la aplicación del índice de precios al consumidor sean utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores, según sea el caso.”

En otro pronunciamiento señaló la alta Corporación<sup>14</sup>:

“Por otra parte, esta Corporación, ha señalado que el límite del reajuste de la asignación de retiro y pensiones, sujeto al régimen especial de la Fuerza Pública, se encuentra determinado por la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, que reglamentó la Ley 923 de 2004, la cual a su vez modificó el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990.

Dicho Decreto, en su artículo 42, mantuvo vigente el principio de oscilación para efectos de actualizar las referidas prestaciones y, por ende, la actualización de la asignación de retiro que goza la actora, con base en el I.P.C., sólo puede efectuarse hasta el 31 de diciembre de 2004, fecha en que se expidió la disposición en comento, tal como lo ordenó el A quo.

Sin embargo, se revocará el numeral tercero de la sentencia en cuanto ordenó reconocer y pagar las diferencias que resulten entre el reajuste reconocido con base en el principio de oscilación y lo que se debe reconocer de acuerdo al I.P.C. respecto de los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, teniendo en cuenta que, tal como lo estableció el A quo, las mesadas causadas con anterioridad al 17 de marzo de 2005 se encuentran prescritas. Si bien, dichas diferencias no pueden ser canceladas por los motivos expuestos, si deben ser utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores.”

## 6.6. PRESCRIPCIÓN

Se tiene que la demandante presentó solicitud de reajuste el día 12 de abril de 2012 según se evidencia del oficio obrante a folios 5 - 6 del expediente, el cual será tenido en cuenta para efectos del conteo del término de prescripción.

En lo que se refiere al tema de la prescripción, se señaló por el máximo órgano de esta Jurisdicción, en sentencia del 12 de febrero de 2009, número interno 2043-08, que pese a que el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 disminuyó el término especial de prescripción de cuatro años a tres, el Ejecutivo no hizo mención alguna a la prescripción de las asignaciones de retiro causadas con anterioridad a la vigencia de dicha norma, por lo que el nuevo término de tres años de prescripción solamente resulta aplicable a los derechos prestacionales que se causen a partir del año 2004<sup>15</sup>:

“De otra parte, la Sala no comparte la proposición de la Caja en cuanto a que la prescripción declarada sea trienal y no cuatrienal como lo dispuso la sentencia apelada. Lo anterior por las siguientes razones:

El actor reclama en la demanda el reajuste de su asignación de retiro por los años comprendidos entre 1997 y 2007. Para dichas anualidades la norma vigente en materia de términos de prescripción era el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, el cual estableció un período de 4 años contados a partir de la fecha en que se hizo exigible el derecho.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 15 de julio de 2010, Radicación No. 25000-23-25-000-2008-00798-01 (2061-2009), C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 12 de febrero de 2009, Radicación No. 25000-23-25-000-2007-00267-01 (2043-08), C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00151-00  
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: DELIO JAIME OSPINA NARVÁEZ  
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL

A partir del 31 de diciembre de 2004, mediante el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 el Gobierno Nacional modificó el término prescriptivo de 4 años, disminuyéndolo a un periodo de 3 años, de la siguiente forma:

'Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles'

[...]

Para la Sala es claro que, en principio, las normas no tienen efectos retroactivos, es decir, que su eficacia en el tiempo opera hacia el futuro, salvo que en ellas mismas se disponga su aplicabilidad sobre hechos acaecidos con anterioridad a su puesta en vigencia.

Nótese que de la lectura de la norma transcrita, el Ejecutivo no se refirió a la prescripción de las asignaciones de retiro o pensiones causadas con anterioridad a su vigencia; circunstancia que permite afirmar que la prescripción trienal sólo es aplicable a los derechos prestacionales que se causen a partir del año 2004.

Con el mismo propósito, la Sala precisa que conforme al artículo 41 de la Ley 153 de 1887, "la prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún el tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera..." , regla aplicable al presente asunto, pues para la época en que se expidió el Decreto 4433 de 2004, los ajustes correspondientes al año 2002 en adelante no habían prescrito, en razón de que el actor interrumpió su prescripción el 19 de abril de 2006, con la interposición del derecho de petición ante la Caja demandada..."

Aunado a lo anterior, resulta indispensable acotar que, en providencias como las proferidas el 15 de julio de 2010, radicado interno No. 2061-2009, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez; 29 de julio de 2010, radicado interno No. 1631-2008, C.P. Alfonso Vargas Rincón; 27 de enero de 2011, radicado interno No. 1479-09, C.P. Gustavo Gómez Aranguren y la del 14 de julio de 2011, proferida nuevamente por la Consejera Ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado interno No. 2009-2010, entre otras, el órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa precisó con suficiente claridad, que si bien es posible negar el reconocimiento y pago de las diferencias causadas con ocasión de la reliquidación de la asignación de retiro con fundamento en el IPC, respecto de las sumas efectivamente pagadas con base en el reajuste atendiendo el principio de oscilación, por aplicación del fenómeno de la prescripción cuatrienal, no sucede igual con el derecho al reajuste como tal de la asignación de retiro durante los años anteriores al 2004, pues dicha reliquidación tiene incidencia en las mesadas futuras devengadas por los retirados del servicio activo, es decir, ordenaba la actualización sin pago.

Sin embargo, esta posición fue revaluada en sentencia del 24 de octubre de 2012, con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, providencia en la que se manifestó:

"Revisado el texto de la providencia objeto de apelación se advierte que el a quo limitó el pago de las diferencias pensionales hasta el 31 de diciembre de 2004, aplicando de tal forma la prescripción a la consecuente reliquidación de las mesadas posteriores, afectando el derecho del actor.

Sobre este punto la Sala reitera que si con ocasión de la aplicación del IPC a partir del año 1997 se incrementó la base de liquidación pensional, la consecuencia obvia es que tal incremento impacte a las mesadas futuras, máxime si se considera que en sede administrativa el señor Ochoa Acevedo advirtió dicha situación y solicitó la completa nivelación

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00151-00  
MEDIO CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: DELIO JAIME OSPINA NARVÁEZ  
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL

de su asignación de retiro, petición que también se formuló en el numeral tercero del acápite de pretensiones de la demanda.

En tales condiciones la sentencia apelada deberá ser adicionada, en el sentido de declarar la nulidad del acto administrativo acusado y ordenar que las diferencias que resulten con ocasión de la aplicación del índice de precios al consumidor sean utilizadas como base para la liquidación del quantum de las mesadas de asignación de retiro del actor a partir del día 1° de marzo de 2006, considerando que la petición para tal efecto fue presentada el 1° de marzo de 2010 y que por ello operó la prescripción cuatrienal prevista en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 respecto de las causadas antes de tal fecha."<sup>16</sup>

Establecido lo anterior, se entiende que es a partir del 12 de abril de 2012 que se suspende el término de prescripción pero sólo por un lapso igual y por una sola vez, tal como lo dispone el artículo 94 del Código General del Proceso, aplicable al caso por remisión expresa del artículo 306 del C.P.A.C.A., razón por la cual se colige que las mesadas pensionales anteriores al 12 de abril de 2008, se encuentran prescritas.

De esta forma se concluye que a la demandante deberá reliquidársele su pensión sustitutiva desde el 1° de abril de 2001 hasta el 31 de diciembre de 2004, durante los años en que existió afectación, con base en el Índice de Precios al Consumidor, pero que no tiene derecho a recibir los dineros resultantes de la diferencia entre lo que se pagó y se le debió pagar por haber prescrito ese derecho, durante el periodo comprendido entre el 1° de abril de 2001 y el 12 de abril de 2008.

Pero como la asignación de retiro a partir del año 2005 tendrá alguna variación por el reajuste entre los años 2001 y 2004 con base en el IPC, la Caja de Sueldos de las Fuerzas Militares deberá reconocer y pagar al demandante la diferencia que existe entre lo pagado y lo que se debería haber pagado a partir del 12 de abril de 2008.

## 7. COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

Así pues, el Código General del Proceso, en su artículo 365, en cuanto a la condena en costas establece en su numeral 5° que en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

Este Despacho dará aplicación al numeral citado, teniendo en cuenta que si bien, se causaron tanto gastos procesales como agencias en derecho, en el presente asunto se accedió parcialmente al reconocimiento de la diferencia salarial deprecada por el accionante, toda vez que se declaró probada la excepción de prescripción de derechos laborales a favor de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL -, razón por la cual, el juzgado se abstendrá de condenar en costas a esta última.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Ibagué, Administrando Justicia en Nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, 24 de octubre de 2012. RAD. 25000-23-25-000-2010-00545-01 (1081-11), C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

EXPEDIENTE: 73001-33-33-012-2017-00151-00  
MEDIO CONTROL NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: DELIO JAIME OSPINA NARVÁEZ  
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL

**RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR** probada la excepción de prescripción propuesta por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL - , en relación al reajuste de la asignación de retiro causados con anterioridad al **12 de abril de 2008**.

**SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD** del acto administrativo contenido en el Oficio No. 320 del 14 de mayo de 2012, según lo manifestado en los considerandos de esta providencia.

**TERCERO:** Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento, **ORDÉNESE a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL** a que reajuste la asignación de retiro en cabeza del señor **DELIO JAIME OSPINA NARVÁEZ**, de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor desde el 1° de abril de 2001 hasta el 31 de Diciembre de 2004, durante los años en que existió afectación.

**CUARTO:** De igual forma se **CONDENA** a la entidad a reconocer y pagar a la parte demandante las diferencias existentes entre lo pagado y debido pagar de acuerdo a lo ordenado en el ordinal tercero de esta providencia, **desde el 12 de abril de 2008 hasta el día en que se incorpore en la asignación de retiro la variación resultante del IPC.**

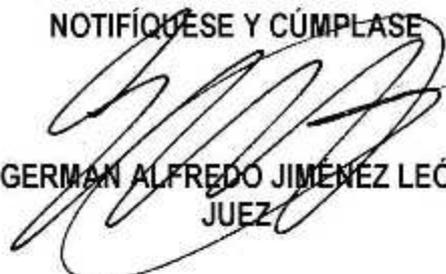
**QUINTO:** Las sumas a que se condena a la entidad demandada por medio de esta sentencia se actualizarán, aplicando para ello la fórmula indicada en la parte motiva.

**SEXTO:** Sin condena en costas.

**SÉPTIMO:** Una vez en firme, háganse las anotaciones en el programa Siglo XXI y efectuado la totalidad de los trámites acá ordenados, **ARCHÍVESE** el expediente.

**OCTAVO: NOTIFÍQUESE** esta sentencia de conformidad con el artículo 203 del CPACA. Se advierte que contra la misma procede el recurso de apelación dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación (Art. 247 Ibídem).

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**GERMAN ALFREDO JIMÉNEZ LEÓN**  
JUEZ

