

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE QUIBDO
PALACIO DE JUSTICIA, CUARTO PISO, OFICINA 410
J02admqdo@cendoj.ramajudicial.gov.co
QUIBDO - CHOCO

AUDIENCIA DE PRUEBAS
ACTA No.001
Artículo 181 ley 1437 de 2011

Quibdó, 05 de marzo de 2013, a las 10:00 a.m.

Juez del proceso: RIGOBERTO BAZAN OROBIO
Expediente: 2012-00010
Demandante: GABRIEL MOSQUERA MOSQUERA
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL
Referencia: AUDIENCIA INICIAL

1.- ASISTENTES:

Siendo las 10:00 am de hoy 05 de marzo de 2013, en la sala de audiencias del Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Quibdó, previa citación a las partes y demás intervinientes voluntarios y forzosos, tal como lo indica el artículo 181 del CPACA; se da inicio a la presente Audiencia de Pruebas dentro del Medio de Control de nulidad y restablecimiento del derecho, promovida por **Gabriel Mosquera Mosquera**, contra la **Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional; tramitado bajo el radicado 2012-00010**, convocada el día 20 de febrero de 2013 en desarrollo de la Audiencia Inicial (fl 71-73). Diligencia presidida por el señor Juez Segundo Administrativo Oral del Circuito de Quibdó **RIGOBERTO BAZAN OROBIO**, en asocio con la secretaria para esta audiencia **ERICK SALOMON PALACIOS MORENO**.

Respecto a la asistencia de las partes, apoderados, Ministerio Público y demás intervinientes procesales, el señor Juez solicita la presentación de cada uno indicando el nombre completo, su identificación con exhibición de los documentos, presentación que se realiza en el siguiente orden:

1.1.-PARTE DEMANDANTE:

El apoderado de la parte demandante no se hizo presente.

1.2.- PARTE DEMANDADA

La demanda fue contestada por la abogada, MAIDA YOLIMA RIVAS RINCON, identificada con Cédula de ciudadanía No. 52.271.059 y Tarjeta Profesional No. 217.643 del C.S de la J. Quien funge como apoderada de la demandada Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, sin embargo no se le había reconocido personería jurídica para actuar. En esta audiencia la doctora MAGDI YANETH GONZALEZ SANCHEZ, identificada con cedula de ciudadanía número 52.271.059 y tarjeta profesional numero 217643, presenta poder conferido por el representante legal de la entidad demandada, por lo que se le reconoce personería jurídica para actuar como apoderada de la parte demandada.

ACCIÓN: Nulidad y restablecimiento del derecho

RADICADO: 2012-00010

ACCIONANTE: Gabriel Mosquera Mosquera

ACCIONADO: Casur

(Continuación Acta de Audiencia de Pruebas, alegatos y juzgamiento)

1.3.- MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador 77 Judicial I Administrativo, abogado AMADOR VALDERRAMA COPETE, Quien actúa en calidad de Agente del Ministerio Público, en el presente proceso.

1.4.- TERCEROS INTERVINIENTES

No hay en el presente proceso, a esta instancia.

INASISTENCIAS Y EXCUSAS: No asistió___ y presentó excusa mediante escrito radicado.... 1(o no presentó excusa)

2.- SANEAMIENTO DEL PROCESO:

El juez procede a hacer la revisión de cada una de las actuaciones surtidas en el proceso a fin de examinar que no se hayan presentado vicios y en caso de haber ocurrido, proceder a su saneamiento. Se interroga a las partes si están de acuerdo con el trámite impartido al proceso

2.1.- Auto Interlocutorio No. 145

2.1.1.- No advirtiendo el Despacho irregularidades ni hechos constitutivos de causal de nulidad, se declara saneado el proceso, hasta el presente momento procesal.

2.1.2.- La presente decisión queda notificada en estrados

RECURSOS: No fueron interpuestos.

3.- AUDIENCIA DE PRUEBAS

Conforme lo establece el artículo 181 del CPACA, se procede al desarrollo de la audiencia de pruebas. Diligencia que fue convocada para recaudar las pruebas solicitadas y decretadas por el Despacho.

Las pruebas decretadas y a recaudar en la presente diligencia fueron las siguientes:

a.- Oficiase a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, para que remite el expediente administrativo del señor Gabriel Mosquera Mosquera, identificado con la cédula de ciudadanía número 11'786.457.

b.- Oficiase a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, para que remite al proceso certificación en la que se establezcan los porcentajes de ajustes o incrementos anuales de la asignación de retiro del actor, desde el año 1996 hasta el año 2004.

Tal como fue oficiado la entidad demandada allega al proceso: constancia del 14 de febrero de 2013, de los porcentajes en que ha sido incrementada y/o ajustada la asignación de retiro del actor entre 1996 y el año 2004, en un folio. Allega también en 110 folios, copia autenticada del expediente administrativo de la asignación de retiro del actor.

Teniendo en cuenta lo anterior el Despacho dispone:

ACCIÓN: Nulidad y restablecimiento del derecho

RADICADO: 2012-00010

ACCIONANTE: Gabriel Mosquera Mosquera

ACCIONADO: Casur

(Continuación Acta de Audiencia de Pruebas, alegatos y juzgamiento)

3.1.- Auto Interlocutorio No. 146

3.1.1.- Agréguese al expediente la constancia del 14 de febrero de 2013, de los porcentajes en que ha sido incrementada y/o ajustada la asignación de retiro del actor entre los años 1996 y 2004, que obra en un folio; y la copia autenticada del expediente administrativo de la asignación de retiro del actor, que obra en 110 folios. Documentos probatorios allegados al proceso por la entidad demandada, en cumplimiento de solicitud del Despacho.

3.1.2.- Córrese traslado de los anteriores documentos a la parte demandante y al Ministerio Público.

3.1.3.- Advirtiéndolo el Despacho que no hay objeción sobre los referidos documentos, téngase como pruebas y désele el valor que en derecho corresponda en la respectiva sentencia.

3.1.4.- Círrrese el debate probatorio en el presente asunto.

3.1.5.- La presente decisión queda notificada en estrados

RECURSOS: No fueron interpuestos.

4.- DECISIÓN DEL DESPACHO PARA AGOTAR LAS ETAPAS DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO EN LA PRESENTE DILIGENCIA.

De acuerdo a lo establecido en el último inciso del artículo 181 del CPACA, es la oportunidad de decidir sobre la fijación de la fecha de audiencia de alegaciones de conclusión y juzgamiento. En consonancia con lo establecido en el último inciso del artículo 179 del CPACA, que establece la posibilidad de dictar sentencia en la audiencia inicial, cuando se prescinde del periodo probatorio; con el objeto y principios de los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, establecidos en el artículo 103 del CPACA, no encuentra el Despacho impedimento legal para continuar en el presente momento procesal el desarrollo de la etapa de alegaciones de conclusión y sentencia.

4.1.- Auto de Sustanciación No. 178

4.1.1.- Continuar en el presente momento procesal el desarrollo de la etapa de alegaciones de conclusión y sentencia.

4.1.2.- La presente decisión queda notificada en estrados.

RECURSOS: No se interponen recursos

5.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

5.1.- Auto de Sustanciación No. 179

5.1.1.- Concédase el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos cada uno por un término máximo de veinte (20) minutos, comenzando con la parte demandante, seguido de la parte demandada y el ministerio público, para que si a bien lo tiene se emita su concepto.

5.1.2.- La presente decisión queda notificada en estrados.

RECURSOS: No se interponen recursos.

ACCIÓN: Nulidad y restablecimiento del derecho

RADICADO: 2012-00010

ACCIONANTE: Gabriel Mosquera Mosquera

ACCIONADO: Casur

(Continuación Acta de Audiencia de Pruebas, alegatos y juzgamiento)

5.2.- Síntesis de las alegaciones de conclusión

5.2.1.- Parte demandante: NO asistió a la presente diligencia.

5.2.2.- Parte demandada: Solicita tener en cuenta las excepciones planteada en la contestación de la demanda al momento de dictar la sentencia

5.2.3.- Ministerio Público: Solicita se declare la nulidad del oficio OAJ-1696 del 30 de mayo de 2012, por medio del cual se le niega al actor la reliquidación de la asignación de retiro del actor y solicita declarar la prescripción de los mayores valores desde 14 de mayo de 2009.

6.- SENTENCIA N° 016

6.1.- La Demanda

6.1.1- Hechos de la demanda

Los hechos son los enunciados y sintetizados en la fijación del litigio de la audiencia inicial y que obra a folios 71-73 del expediente. Diligencia en la cual se sintetizaron los hechos y se fijó el litigio en los siguientes términos

6.1.1.1.- Que la asignación de retiro del señor ***Gabriel Mosquera Mosquera***, al ajustarse conforme al principio de oscilación en los años 1997,1999,2002 y 2004 fue reajustada en un porcentaje inferior al índice de precios al consumidor (IPC) del año inmediatamente anterior, violando el principio fundamental del mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, establecido en los artículo 1 de la Ley 238 de 1995 y14 de la Ley 100 de 1993. Arrojanado una diferencia en su contra en los siguientes porcentajes:

a.- En el año 1997 el 2.77%

b.- En el año 1999 el 1.79%

c.- En el año 2002 el 1.65%

d.- En el año 2004 el 0.01%

6.1.1.2.- Fijando el litigio, en establecer si el reajuste de los años 1996 hasta el año 2004, se realizaron conforme a lo establecido en las normas de rango superior.

6.1.2.- Pretensiones de la demanda: Pretende la parte demandante se profieran las siguientes o similares declaraciones y condenas:

6.1.2.1.- Que se declare la nulidad del oficio No. OAJ-1696 del 30 de mayo de 2012, mediante el cual la entidad demandada niega el pago de la citada prestación social (IPC) al actor.

6.1.2.2.- En consecuencia de la anterior declaración, se disponga el restablecimiento del derecho y se ordene a la demandada el reconocimiento y pago del IPC desde el 01 de enero de 1997 hasta el 31 de diciembre de 2004, con los valores debidamente actualizados e intereses moratorios y demás que se demuestren en el proceso.

6.1.2.3.- Ordenar a la demandada, reliquidar, indexar y reajustar la asignación de retiro de pensión y demás prestaciones sociales del actor incluyendo el IPC reclamo, con el mayor porcentaje y en forma permanente a partir del primero (01) de enero de 2005, como resultado del reconocimiento del derecho anterior de acuerdo con su grado; de lo contrario implicaría un desmedro o empobrecimiento para el actor y su consecuencialmente enriquecimiento sin causa para el organismo oficial. Lo anterior

ACCIÓN: Nulidad y restablecimiento del derecho

RADICADO: 2012-00010

ACCIONANTE: Gabriel Mosquera Mosquera

ACCIONADO: Casur

(Continuación Acta de Audiencia de Pruebas, alegatos y juzgamiento)

teniendo en cuenta el artículo 144 de la Ley 100 de 1993.

6.1.2.4.- Ordenar a la demandada, se reliquide y ajuste la asignación de retiro reconocida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional al demandante, adicionándole los porcentajes correspondientes a la pensión, entre el aumento efectuado a la asignación de retiro y lo que se liquidó a los pensionados de los demás sectores, en los años que a continuación se relacionan:

a.- En el año 1997 el 2.77%

b.- En el año 1999 el 1.79%

c.- En el año 2002 el 1.65%

d.- En el año 2004 el 0.01%

6.1.2.5.- Ordenar a el reconocimiento y pago indexado del retroactivo causado a partir de 1997, así como los intereses de mora, sobre dichas sumas. Condenar en costas y gastos procesales a la demandada. Ordenar el cumplimiento de la sentencia en los términos indicados en los artículos 176, 177 y 178 del CCA.

6.1.3- Causales de Nulidad Invocadas

Del concepto de violación se puede establecer que la causal de nulidad es la de violación de la norma superior. Constitución: artículo 4 en cuanto a la primacía de esta norma sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, con ello la excepción de inconstitucionalidad frente a los Decretos 107 de 1993, 122 de 1997, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2734 de 2001, 745 de 2002, 3552 de 2003 y 4158 de 2004; artículo 13 en cuanto a la violación del derecho a la igualdad, al aplicar al actor un ajuste de su asignación de retiro en porcentaje inferior a los demás pensionados; artículo 46 en cuanto a la protección al adulto mayor; artículos 48 y 53 en cuanto al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, los principios de indubio pro operario, condición más beneficiosa y favorabilidad, por lo cual al demandante se le debió aplicar lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, tal como lo ordena la Ley 238 de 1995; artículo 58 en cuanto al respecto a los derechos adquiridos:

6.2.- La contestación de la demanda y la defensa de la entidad demandada

La entidad demandada, en la contestación de la demanda se opone a las pretensiones de la demanda en tanto la entidad no ha trasgredido las normas indicadas dado el ajuste de la asignación de retiro se basó en normas especiales y vigentes para el caso.

La entidad propone las siguientes excepciones de merito:

- a) Prescripción de derechos: dado que la petición fue realizada en el 2007, y de acuerdo al artículo 113 del Decreto 1213 de 1990, los derechos prestacionales prescriben el cuatro años; que luego el Decreto 4433 de 2004, la estableció en tres años; por tanto dado que lo que se reclama es el IPC del año 1997, sólo tendría derecho a partir de 2009
- b) Inexistencia del derecho: porque no se tiene derecho al reajuste de la asignación de retiro en los términos que se pretende, porque la ley no lo permite, es decir, es ilegal.
- c) Cosa juzgada constitucional: Ya la Corte Constitucional, en Sentencia C-941 de 2003, declaró exequible el principio de oscilación y la inexequibilidad contra el Decreto 2070 de 2003.

6.3.- Problema Jurídico

Deberá establecer el despacho si a la luz de la censura que se formula en la demanda, de la normatividad aplicable y del acervo probatorio allegado al proceso si el acto

ACCIÓN: Nulidad y restablecimiento del derecho

RADICADO: 2012-00010

ACCIONANTE: Gabriel Mosquera Mosquera

ACCIONADO: Casur

(Continuación Acta de Audiencia de Pruebas, alegatos y juzgamiento)

administrativo demandado, mediante el cual se niega el ajuste de la asignación de retiro en los términos del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, está o no viciado de nulidad, para efectos de decidir sobre las pretensiones de la demanda.

¿Se encuentran probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada?

6.4.- Tesis

El oficio No. 1696/OAJ del 30 de mayo de 2012, en cuanto con él se desconoce el derecho del (a) demandante al ajuste de su asignación de retiro conforme a lo establecido en el artículo 14 de la ley 100 de 1993, en aplicación de la Ley 238 de 1995 hasta la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 y el Decreto Reglamentario No. 4433 de 2004, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2004, está viciado de nulidad. Se ordenara a la entidad demandada a reajustar la asignación de retiro del (a) demandante desde el año 1999 hasta el año 2004 con el porcentaje más alto de la comparación entre la aplicación de la oscilación y el IPC del año anterior al reajuste y a partir del año 2005 con el principio de oscilación establecido en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004; y como consecuencia de lo anterior se ordenará pagar el mayor valor de la asignación de retiro causado y no pagado a partir del 01 de mayo de 2009 hasta la fecha en que se empiece el pago regular de la asignación de retiro reajustada, en los términos indicados en la presente providencia. Las sumas causadas y a reconocer será indexadas desde la causación hasta la fecha de ejecutoria de la providencia, previo el descuento del aporte proporcional de seguridad social en salud, que le corresponde al actor en calidad de pensionado (beneficiario de la asignación de retiro), y de ahí en adelante el total acumulado y los mayores valores de mesadas pensionales que se causen devengarán intereses de mora en los términos del artículo 192 del CPACA. Se declara probada parcialmente la excepción de prescripción respecto a los mayores valores causados con anterioridad al 01 de mayo de 2009 y no probada las demás excepciones propuestas. Se condena en costas proporcionales a la entidad demandada.

6.5.- Razones de la tesis

6.5.1.- Lo probado en el proceso

6.5.1.1.- Que al demandante es beneficiario de la asignación de retiro, a cargo de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, desde el 01 de abril de 1984. Así mismo como en los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, se le reajustó la asignación de retiro en porcentaje inferior a la inflación causada en el año inmediatamente anterior. Mediante petición del 14 de mayo de 2012, solicitó a la entidad el reajuste de su asignación de retiro conforme al IPC desde el año 1997, petición que fue negada mediante oficio No. 1696/OAJ del 30 de mayo de 2012, en el cual se remitió al demandante a la respuesta dada en oficio No. 43 del 2 de febrero de 2010, que negó la reclamación (folios 75-185)

6.5.1.2.- Derecho reclamado del ajuste de la asignación de retiro conforme lo establece el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

La asignación de retiro es equivalente a la pensión, así lo ha establecido la Corte Constitucional en la sentencia C-432 de 2004, posición jurisprudencia que es corrección de lo establecido en la Sentencia C-941 del 15 de octubre de 2003, que constituye uno de los pilares de la entidad para negar el derecho reclamado por el actor.

ACCIÓN: Nulidad y restablecimiento del derecho

RADICADO: 2012-00010

ACCIONANTE: Gabriel Mosquera Mosquera

ACCIONADO: Casur

(Continuación Acta de Audiencia de Pruebas, alegatos y juzgamiento)

En cuanto a las normas que regulan los ajustes anuales de las asignaciones de retiro del personal de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional se tiene lo siguiente:

El Decreto 1212 de 1990, "Por la cual se reforma el Estatuto de personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional", señaló:

"Artículo 151. OSCILACION DE ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIONES. 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 140 de este decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal. Los oficiales y suboficiales o sus beneficiarios no podrán acogerse a la norma que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

Parágrafo. Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de oficiales generales y coroneles, 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 140 de este decreto."

Por su parte el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, excluyó de su aplicación, entre otros a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Luego se expidió la Ley 238 de 1995, que en su artículo 1 adiciona el parágrafo 4 al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

PARAGRAFO. 4º- Adicionado por el art. 1, Ley 238 de 1995. *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.*

Precisamente el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, establece lo siguiente:

ARTICULO. 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 a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995, en cuanto al ajuste anual de las pensiones y asignaciones de retiro para el caso de militares y policías, se debía aplicar el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y sobre la posible contradicción de dicha norma con los principios contenidos en la Ley 4 de 1992, para el caso de los miembros de la fuerza pública, y que la demandada toma como sustento para oponerse a las pretensiones de la demanda, el Consejo de Estado¹ ha manifestado lo siguiente:

"De conformidad con lo anterior, a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995, los pensionados excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993 tendrían derecho al reajuste de sus pensiones con base en la variación porcentual del índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, en la forma dispuesta por el artículo 14 y a la mesada 14 según el artículo 142 ibídem.

Sin embargo, la entidad demandada no aplicó la Ley 238 de 1995 por considerar que contrariaba el principio plasmado en el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992 sobre nivelación de la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública, el cual constituye "la esencia del régimen pensional especial" aplicable a sus integrantes. Así mismo, el artículo 10º ibídem, contempla que todo régimen salarial o prestacional establecido en contravía de las disposiciones allí plasmadas o en los decretos que las desarrollen, carecerán de todo efecto y no crearán derechos adquiridos.

Por ello es que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares sostiene en el acto acusado que no puede hacer aumentos superiores a los estipulados, pues desbordaría los límites señalados por el legislador.

Ahora, en relación con el tema objeto de la controversia, esta Corporación ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse tal y como lo hizo mediante la sentencia de 17 de mayo de 2007,

¹ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"; Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO; Sentencia del cuatro (4) de marzo de dos mil diez (2010); dentro del proceso tramitado bajo la radicación número: 25000-23-25-000-2007-00240-01(0474-09); Actor: LUIS EDUARDO BUSTAMANTE RONDON; Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

ACCIÓN: Nulidad y restablecimiento del derecho

RADICADO: 2012-00010

ACCIONANTE: Gabriel Mosquera Mosquera

ACCIONADO: Casur

(Continuación Acta de Audiencia de Pruebas, alegatos y juzgamiento)

proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda, Magistrado Ponente Dr. Jaime Moreno García, en el expediente 8464-05, Actor: José Jaime Tirado, en donde se dijo:

“

4. En torno a las previsiones del artículo 10º de la ley 4ª de 1992, según el cual “Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones establecidas en la presente ley o en los Decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, **carecerá de todo efecto** y no creará derechos adquiridos”, la Sala advierte que este artículo 10º no se refiere a una presunta ley posterior, pues la sanción allí establecida es la de su nulidad, en tanto que se le impide que produzca efecto alguno, y en tales condiciones solo puede referirse a cualquier otro acto jurídico diferente de la ley, que en ningún caso puede ser nula, sino inexecutable, lo cual es bien diferente.

Por consiguiente, tratase aquí, entonces, del enfrentamiento de las previsiones de una ley marco (4ª de 1992) y de una ley ordinaria (238 de 1995) modificatoria de la ley que creó el Sistema de Seguridad Social Integral (ley 100 de 1993), que según la Caja demandada no podría “interpretarse la segunda en contravención” de la primera.

Para comenzar no se trataría simplemente de la “interpretación” de la ley 238, sino de su **aplicación**, porque le creó a partir de su vigencia el derecho al grupo de pensionados de los sectores arriba relacionados, entre ellos a los pensionados de la Fuerza Pública, el derecho al reajuste de sus pensiones de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor y a la mesada 14.

Ahora bien, la Sala solo podría dejar de aplicar una ley ordinaria posterior, especial y **más favorable**, según se verá mas 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 mas 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.

...

Lo anterior determina, además, que frente a los alegatos del acto acusado que enfrenta el sistema de reajustes de la oscilación de las asignaciones en actividad, que según la Caja demandada deben prevalecer sobre el del artículo 14 de la ley 100, el artículo 53 de la Constitución Política ordena darle preferencia a la norma mas favorable, en la hipótesis de que llegare a haber duda en su aplicación, que para la Sala no la hay, por lo dicho anteriormente.

5. Atrás se reprodujo el acto acusado, entre cuyos argumentos para denegar el reajuste no está aquel según el cual la asignación de retiro no es una pensión, porque esta tesis fue la razón principal que tuvo el Tribunal para igualmente denegar lo pretendido.

Al punto la Sala tiene en cuenta que desde la Constitución Política de 1886 a los reconocimientos periódicos que les hace el estado a los retirados de la fuerzas militares se les denominó **genéricamente** PENSIONES (art. 169) y que en la actual sucedió otro tanto (art. 220), habiéndose ampliado a los miembros de la fuerza pública (militares y policías).

Pero, hasta ahora fue la Corte Constitucional la que llegó en principio a concluir que las asignaciones de retiro no son pensiones (sentencia C-941 del 15 de octubre de 2003), criterio este que posteriormente fue rectificado mediante la sentencia C-432 de 2004 para reconocer que se asimilaba la asignación de retiro a las pensiones de vejez o de jubilación.

Porque, estima la Sala que las asignaciones de retiro, obviamente son una **especie** de pensión, como también lo son las pensiones de invalidez y las pensiones de sobrevivientes del personal de la fuerza pública, de donde resulta irrelevante el argumento esgrimido por el Tribunal frente a los mandatos del artículo 220 de la Constitución Política, máxime que no pueden ser compatibles con las pensiones de invalidez ni de sobrevivientes militares o policiales y **no son reajustables por servicios prestados a entidades de derecho público**, pero el interesado puede optar por la mas favorable, como expresamente lo establece el inciso 2º del artículo 36 del decreto 4433 de 2004.

6. La acción, pues, debe prosperar, con prescripción de los derechos causados con anterioridad al 25 de junio de 1999, por prescripción cuatrienal (f.10) según los mandatos del artículo 155 del decreto 1212 de 1990... “(negrillas en el original)

De lo anteriormente transcrito, es claro para la Sala que es más favorable para el actor el reajuste de su asignación con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor como lo establece la Ley 100 de 1993, por lo que así habrá de decidirse.

Acoge el Despacho el anterior precedente jurisprudencial para el caso en concreto y por lo tanto se ha de concluir que a partir de la vigencia de la de la ley 238 de 1995, al demandante le asistía el derecho al reajuste de su asignación de retiro, teniendo en cuenta el porcentaje más alto entre el IPC del año anterior y el principio de oscilación respecto a la variación de las asignaciones del personal activo y en el mismo rango del demandante.

ACCIÓN: Nulidad y restablecimiento del derecho

RADICADO: 2012-00010

ACCIONANTE: Gabriel Mosquera Mosquera

ACCIONADO: Casur

(Continuación Acta de Audiencia de Pruebas, alegatos y juzgamiento)

En cuanto a la vigencia en el tiempo de la Ley 238 de 1995 y la aplicación de lo en ella dispuesto, con relación a las asignaciones de retiro de los miembros de la fuerza pública, la jurisprudencia del Consejo de Estado, igualmente ha establecido que ésta fue temporal y en el futuro encuentra su límite en la vigencia de la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004, es decir el 31 de diciembre de 2004, fecha en la cual empezó a regir el mencionado decreto y que en su artículo 42² dispuso nuevamente, el principio de oscilación como factor de reajuste de las asignaciones de retiro. Al respecto ha dicho el Consejo de Estado³:

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.

Por lo tanto el ajuste conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, en aplicación de la Ley 238 de 1995, solamente comprenderá hasta el año 2004.

El acumulado de la inflación a de los años comprendidos entre 1996 y 2003, estuvo en los siguientes guarismos.

- a) 1996, en porcentaje del 21,64%
- b) 1997, en porcentaje del 17,68%
- c) 1998, en porcentaje del 16,70%
- d) 1999, en porcentaje del 9,23%
- e) 2000, en porcentaje del 8,748181%
- f) 2001, en porcentaje del 7,64635%
- g) 2002, en porcentaje del 6,99%
- h) 2003, en porcentaje del 6,49%

En cuanto a los ajustes realizado a la asignación de retiro del actor, por debajo del IPC, de acuerdo a la certificación y liquidaciones de ajustes de la asignación de retiro del actor (folios 75-185); en el periodo comprendido entre 1997 y 2004, encuentra el Despacho que le asiste razón a la parte demandante, respecto a los años contabilizados a partir de 1999, dado que por ejemplo en el año 1999 el ajuste fue del 14,9099% cuando la inflación del año anterior fue del 16,70%; en el año 2001 el ajuste fue del 8,00% cuando la inflación del año anterior fue del 8,75%; en el año 2002 se ajustó en el 5,99% y la inflación fue del 7,65%; en el año 2003 el ajuste fue del 6,4701% cuando la inflación del año anterior fue del 6,99%; en el año 2004 el ajuste fue del 5,5002% cuando la inflación del año anterior fue del 6,49%;

El demandante tiene derecho a que la entidad le reajuste la asignación de retiro desde el 01 de enero de 1999 hasta el año 2004 tomando el porcentaje más alto de la comparación entre el IPC y el resultado de la oscilación. Toda vez, que cuando la Ley 238 de 1995, que en su artículo 1 adiciona el parágrafo 4 al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, expresa que: “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

² “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.”

³ Consejo de Estado, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”-Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE -Bogotá, D.C., de doce (12) de febrero de dos mil nueve (2009) -Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00267-01(2043-08)-Actor: JAIME ALFONSO MORALES BEDOYA-Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

ACCIÓN: Nulidad y restablecimiento del derecho

RADICADO: 2012-00010

ACCIONANTE: Gabriel Mosquera Mosquera

ACCIONADO: Casur

(Continuación Acta de Audiencia de Pruebas, alegatos y juzgamiento)

sectores aquí contemplados”, no está aboliendo el régimen pensional especial de los beneficiarios de los regímenes allí exceptuados, sino que ha de entenderse que la aplicación de los regímenes especiales no pueden desconocer los beneficios contenidos en los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993, es decir que si, la aplicación de la oscilación da un porcentaje inferior al IPC, se debe aplicar éste último y si da un porcentaje superior se debe aplicar el resultado de la oscilación; y en la medida que el mismo legislador está dando la pauta no se estaría atentando contra el principio de inescindibilidad, pues este es un límite al intérprete mas no para el legislador.

A partir del año 2005, la asignación de retiro del actor, se hará con el principio de oscilación establecido en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004; teniendo en cuenta la asignación de retiro devengada en el año anterior previa reajuste indicado en el párrafo anterior; hasta la fecha en que se haga el reajuste.

Se declarará la nulidad del oficio No. 1696/OAJ del 30 de mayo de 2012, en cuanto con él se desconoce el derecho del (a) demandante al ajuste de su asignación de retiro conforme a lo establecido en el artículo 14 de la ley 100 de 1993, en aplicación de la Ley 238 de 1995 hasta la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 y el Decreto Reglamentario No. 4433 de 2004, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2004, está viciado de nulidad. Se ordenara a la entidad demandada a reajustar la asignación de retiro del (a) demandante desde el año 1999 hasta el año 2004 con el porcentaje más alto de la comparación entre la aplicación de la oscilación y el IPC del año anterior al reajuste y a partir del año 2005 con el principio de oscilación establecido en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, por lo anterior se declara la no probada de la cosa juzgada y inexistencia del derecho.

6.5.3.- Prescripción de los mayores valores.

La entidad demandada propone la excepción de prescripción respecto a los mayores valores causados con anterioridad al año 2009. La que procede el Despacho a resolver.

La prescripción a aplicar no será referida al derecho al reajuste, sino referida a los mayores valores causados de la asignación reliquidada, teniendo en cuenta la trienal consagrada en el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, que constituye este el segundo aspecto de la prescripción planteada.

Lo anterior dado que si bien la asignación de retiro se causó con anterioridad a la vigencia del *Decreto 4433 de 2004*; la petición de reliquidación solamente se hizo el mes mayo de 2012, lo que indicaría que dentro de los tres años anteriores no se había causado ninguna prestación con anterioridad al Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004; dado que los tres años hacia atrás se cuenta hasta el 01 de mayo de 2009 y el mencionado decreto empezó a regir a partir del 01 de enero de 2005, estableciendo el término de prescripción en tres años.

Interrumpiéndose la prescripción en el mes de mayo de 2012, la entidad da respuesta al demandante el 30 de mayo de 2012, es decir que a partir de dicha fecha iniciaron a correr nuevamente los términos de prescripción y la demandada fue presentada el día 06 de junio de 2012, es decir, no habían transcurrido los tres años desde la fecha en que la entidad dio respuesta al demandante.

ACCIÓN: Nulidad y restablecimiento del derecho

RADICADO: 2012-00010

ACCIONANTE: Gabriel Mosquera Mosquera

ACCIONADO: Casur

(Continuación Acta de Audiencia de Pruebas, alegatos y juzgamiento)

Por lo anterior el término de interrupción de la prescripción es en el mes de mayo de 2012, ya en vigencia del Decreto 4433 de 2004, aplicando la prescripción trienal; una vez se haga el reajuste de la asignación de retiro del actor, desde el año 1999 hasta el año 2004, tomando el mayor porcentaje que resulte al comparar el de la oscilación y el del IPC del año inmediatamente anterior y a partir del año 2005 hasta la fecha en el porcentaje de la oscilación; encontrándose prescritos los mayores valores causados hasta el 30 de abril de 2009.

Como consecuencia de lo anterior a pagar el mayor valor de la asignación de retiro causado y no pagado entre el 01 de mayo de 2009 hasta la fecha en que se empiece el pago regular de la asignación de retiro reajustada, en los términos indicados en la presente providencia. Las sumas causadas y a reconocer será indexadas desde la causación hasta la fecha de ejecutoria de la providencia, previo el descuento del aporte proporcional de seguridad social en salud, que le corresponde al actor en calidad de pensionado (beneficiario de la asignación de retiro), y de ahí en adelante el total acumulado y los mayores valores de mesadas pensionales que se causen devengarán intereses de mora en los términos del artículo 192 del CPACA.

6.5.4.- De la Condena en Costas

El artículo 188 del CPACA, dispone lo siguiente: *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.*

En tanto que la entidad ha sido parcialmente vencida en juicio y la orden imperativa de la norma antes indicada, se condenará en costas a la entidad demandada en un porcentaje del 50%, las mismas que se liquidarán siguiendo el procedimiento establecido en los artículos 392 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y las tarifas establecidas en el Acuerdo 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

6.6.- CONCLUSION

El oficio No. 1696/OAJ del 30 de mayo de 2012, es nulo, en cuanto con él se desconoce el derecho del (a) demandante al ajuste de su asignación de retiro conforme a lo establecido en el artículo 14 de la ley 100 de 1993, en aplicación de la Ley 238 de 1995 hasta la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 y el Decreto Reglamentario No. 4433 de 2004, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2004, está viciado de nulidad. Se ordenara a la entidad demandada a reajustar la asignación de retiro del (a) demandante desde el año 1999 hasta el año 2004 con el porcentaje más alto de la comparación entre la aplicación de la oscilación y el IPC del año anterior al reajuste y a partir del año 2005 con el principio de oscilación establecido en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004; y como consecuencia de lo anterior se ordenará pagar el mayor valor de la asignación de retiro causado y no pagado a partir del 01 de mayo de 2009 hasta la fecha en que se empiece el pago regular de la asignación de retiro reajustada, en los términos indicados en la presente providencia. Las sumas causadas y a reconocer será indexadas desde la causación hasta la fecha de ejecutoria de la providencia, previo el descuento del aporte proporcional de seguridad social en salud, que le corresponde al actor en calidad de pensionado (beneficiario de la asignación de retiro), y de ahí en adelante el total acumulado y los mayores valores de mesadas pensionales que se causen devengarán intereses de mora en los términos del artículo 192 del CPACA. Se declara probada parcialmente la excepción de prescripción

ACCIÓN: Nulidad y restablecimiento del derecho

RADICADO: 2012-00010

ACCIONANTE: Gabriel Mosquera Mosquera

ACCIONADO: Casur

(Continuación Acta de Audiencia de Pruebas, alegatos y juzgamiento)

respecto a los mayores valores causados con anterioridad al 01 de mayo de 2009 y no probada las demás excepciones propuestas. Se condena en costas a la entidad demandada.

6.7.- DECISIÓN: Por lo expuesto, el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE QUIBDÓ, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- Declárese la nulidad del oficio No. 1696/OAJ del 30 de mayo de 2012, mediante el cual la entidad demandada niega el reajuste de la asignación de retiro del actor, teniendo en cuenta el porcentaje más alto de la comparación entre la oscilación y el IPC del año inmediatamente anterior, entre los años 1999 - 2004, teniendo derecho el actor a ello.

SEGUNDO.- Ordenase a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional –CASUR-, a reajustar la asignación de retiro del (la) señor (a) Gabriel Mosquera Mosquera, identificado (a) con cédula de ciudadanía No. 11'786.457, en el periodo comprendido entre el año 1999 y el 2004, aplicando para el reajuste el porcentaje más alto de la comparación entre el resultado de la oscilación de la asignación de actividad que corresponde al grado del personal activo de la Policía Nacional que corresponde al grado del actor y el IPC del año anterior al reajuste y a partir del año 2005 hasta la fecha de cumplimiento de la presente providencia, con el porcentaje que resulte de la oscilación de la asignación de actividad que corresponde al grado del actor.

TERCERO.- Condénese a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional –CASUR-, a pagar al (a) demandante, los mayores valores de la asignación de retiro no pagadas, resultante de la diferencia entre las mesadas de la asignación de retiro del reajuste y las mesadas reconocidas y pagadas al demandante; donde los mayores valores a pagar son los causados entre el 01 de mayo de 2009 hasta la fecha en que se empiece el pago regular de la asignación reajustada. Las sumas reconocidas será indexadas desde la causación hasta la fecha de ejecutoria de la providencia, previo el descuento del aporte proporcional de seguridad social en salud, que le corresponde al (a) demandante, y de ahí en adelante el total acumulado y los mayores valores de la asignación resultante del reajuste que se causen devengarán intereses de mora en los términos del artículo 192 del CPACA.

CUARTO.- Declarar probada parcialmente la excepción de prescripción y como consecuencia de ello declarar prescritos los mayores valores causados hasta el 30 de abril de 2009 y declarar no probadas las demás excepciones propuestas.

QUINTO.- Se dará cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 192 y siguientes del CPACA.

SEXTO.- Se niegan las demás pretensiones de la demanda

SEPTIMO.- Condénese en costas a la entidad demandada en un porcentaje del 50%, las mismas que se liquidarán siguiendo el procedimiento establecido en los artículos 392 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y las tarifas establecidas en el Acuerdo 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

OCTAVO.- Para su cumplimiento, expídanse copias auténticas de la sentencia, con constancia de ejecutoria, al demandante al Ministerio Público, y a la Caja de Sueldos de

ACCIÓN: Nulidad y restablecimiento del derecho

RADICADO: 2012-00010

ACCIONANTE: Gabriel Mosquera Mosquera

ACCIONADO: Casur

(Continuación Acta de Audiencia de Pruebas, alegatos y juzgamiento)

Retiro de la Policía Nacional –CASUR-; Conforme a lo dispuesto en los artículos 192 del CPACA, 115 del C de P. C. y 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Con cargo a los gastos del proceso.

NOVENO.- Devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

DECIMO.- La presente providencia queda notificada en estrados.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Juez,

RIGOBERTO BAZAN OROBIO

11.- RECURSOS CONTRA LA SENTENCIA: La parte demandada, interpone el recurso de la apelación respecto a la condena en costas.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO: Casur, aduce que ha actuado de buena fe y no ha realizado actuación alguna que dilate el trámite del presente proceso

Se corre traslado del recurso a la parte demandante y al Ministerio Público.

El Ministerio Público solicita se conceda el recurso de alzada.

12.- CONCESION DEL RECURSO

Auto interlocutorio N° 147.

De conformidad con lo establecido en el artículo 243 del CPACA, el despacho concederá el recurso interpuesto por la parte demandada, recurso que se concede en el efecto suspensivo.

La presente decisión queda notificada en estrado.

13. CONSTANCIAS

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, siendo las 11:25 a.m horas de la mañana, se firma por quienes intervinieron en ella

FIRMAS

RIGOBERTO BAZAN OROBIO

Juez

ACCIÓN: Nulidad y restablecimiento del derecho

RADICADO: 2012-00010

ACCIONANTE: Gabriel Mosquera Mosquera

ACCIONADO: Casur

(Continuación Acta de Audiencia de Pruebas, alegatos y juzgamiento)

MAGDI YANETH GONZALEZ
Apoderada de la parte demandada

AMADOR VALDERRAMA COPETE
Agente del Ministerio Público

ERICK SALOMON PALACIOS MORENO
Secretario Ad hoc