

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO VEINTICUATRO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN

Medellín, diecinueve (19) de septiembre de dos mil trece (2013)

MEDIO CONTROL	DE	CONCILIACIÓN PREJUDICIAL
CONVOCANTE		OSCAR DE JESUS RESTREPO MEJIA
CONVOCADO		CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
RADICADO		05001 33 33 024 2013 00861 00
ASUNTO		APRUEBA CONCILIACIÓN PREJUDICIAL
INTERLOCUTORIO NRO		225

ASUNTO

En atención a lo establecido en el artículo 12 del Decreto 1716 de 2009¹, procede el Juzgado a revisar el acuerdo conciliatorio suscrito entre la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL y el señor Sargento Mayor ® **OSCAR DE JESUS RESTREPO MEJIA**, ante la Procuraduría 113 Judicial II para asuntos Administrativos de esta ciudad.

I. ANTECEDENTES

1. El convocante, a través de apoderado judicial sostuvo, ante el agente del Ministerio Público que por medio de la Resolución No. 4643 del de 1984, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, le reconoció la asignación de retiro.
2. Señala que la entidad convocada ha incrementado al señor RESTREPO MEJIA su mesada pensional de acuerdo a los

¹. Artículo 12. Aprobación judicial. El agente del Ministerio Público remitirá, dentro de los tres (3) días siguientes a la celebración de la correspondiente audiencia, el acta de conciliación, junto con el respectivo expediente al juez o corporación competente para su aprobación.

aumentos dispuestos por el Gobierno Nacional para los miembros de la Fuerza Pública en situación de retiro.

3. El Gobierno Nacional expidió la Ley 238 de 1995, que permite que las asignaciones de retiro sean ajustadas conforme con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir con base en el IPC, no obstante la asignación de retiro del convocante se ha reajustado teniendo en cuenta el principio de oscilación, por lo que la convocada ha desconocido dicha normatividad.
4. Agregó que el convocante, radicó ante CREMIL, con fecha 08/06/2011 y 25/05/2013, derechos de petición mediante los cuales solicitó la reliquidación de su asignación de retiro de conformidad con el IPC.
5. Afirma que con fecha 22/06/2011 y 06/06/2013 CREMIL, respondió desfavorablemente la solicitud contenida en el derecho de petición y exhortó al convocante a conciliar las pretensiones mediante los Oficios No. CREMIL 45920 y 43130 respectivamente.

II. TRAMITE IMPARTIDO

La solicitud de conciliación prejudicial fue admitida por la señora Procuradora 113 Judicial II para asuntos administrativos, mediante Auto Nro. 353-2013 del 9 de agosto de la presente anualidad, según consta a **folio 11**.

La audiencia de conciliación se llevó a cabo el día 16 de septiembre de 2013, en la cual se llegó a un acuerdo conciliatorio entre las partes. El expediente fue remitido a los Juzgados Administrativos Orales de Medellín, para el estudio y aprobación del acuerdo suscrito, correspondiéndole por reparto a este Despacho (**folios 33 y 36**); instancia judicial que conforme a los mandatos del Decreto 1716 de 2009², habrá de pronunciarse sobre su aprobación o improbación.

² Artículo 12°. APROBACIÓN JUDICIAL. El agente del Ministerio Público remitirá, dentro de los tres (3) días siguientes a la celebración de la correspondiente audiencia, el acta de conciliación, junto con el respectivo expediente al juez o corporación competente para su aprobación.

III. CONSIDERACIONES

1. Del acuerdo conciliatorio.

En Audiencia de Conciliación celebrada ante la Procuraduría 113 Judicial II Administrativa, el día **16 de septiembre de 2013**, las partes llegaron al siguiente acuerdo:

"Acto seguido se le concede el uso de la palabra al apoderado de la parte convocada, con el fin de que se sirva indicar la decisión tomada por el comité de conciliación de la entidad en relación con la solicitud incoada, quien manifiesta: El comité de Conciliación en acta de 13 de septiembre de 2013 consideró procedente conciliar 100% capital, indexación 75%, el pago liquidado se efectuará dentro de los seis meses siguientes a partir de la solicitud de pago, que haga la parte convocada, el pago de los valores liquidados está sujeto a la prescripción cuatrienal; los valores correspondientes al presente acuerdo conciliatorio se encuentran consignados en la liquidación que presento a la parte convocante la cual arroja un valor total a apaga (sic) de \$21.411.719 pesos, anexo certificado del comité de Conciliación de la entidad que represento en un folio y liquidación tres folios. En este estado de la audiencia se concede el uso de la palabra al apoderado de la parte convocante, para que se manifieste respecto de la propuesta de Conciliación formulada por la convocada; quien manifiesta: Estoy de acuerdo con la reliquidación presentada por la parte convocada en relación con el reconocimiento y reajuste de la asignación de retiro de OSCAR DE JESUS RESTREPO MEJIA, de acuerdo con los parámetros presentados (...)"

2. Generalidades de la conciliación prejudicial.

De acuerdo con la definición que trae el **artículo 64 de la Ley 446 de 1998**, la Conciliación "es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador".

Según lo preceptuado por el **artículo 70 de la Ley 446 de 1998**, las personas jurídicas de derecho público pueden conciliar total o parcialmente en las etapas prejudicial o judicial "... sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de las

acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo. ...".³

A su vez el **artículo 80** ibídem, señala que "Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes individual o conjuntamente, podrán formular solicitud de conciliación prejudicial, al Agente del Ministerio Público asignado al Juez o Corporación que fuere competente para conocer de aquellas...".

Ahora bien, el **artículo 161 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo**, al referirse a los requisitos previos para demandar, dispone en su numeral primero, "...cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales..."

De las normas anteriores se deduce que los asuntos que pueden conciliarse en la etapa prejudicial, deben ser de aquellos cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción contencioso administrativo, mediante el ejercicio de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y contractual, que son las reguladas en los artículos 138, 140 y 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

3. Presupuestos para la conciliación prejudicial en materia contencioso administrativa.

En materia contencioso administrativa, la conciliación extrajudicial sólo puede ser adelantada ante los agentes del Ministerio Público asignados a esta jurisdicción (**artículo 23**), y las actas que contengan "...conciliaciones extrajudiciales en materia contencioso administrativo se remitirán a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes al de su celebración, al juez o corporación que fuere competente para conocer de la acción judicial respectiva, a efecto de que imparta su aprobación o improbación. El auto aprobatorio no será consultable" (**artículo 24 ibídem**).

³ Hoy a raíz de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 – nuevo código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se trata de los medios de control contemplados en los artículos 138, 140 y 141.

Y según lo ha señalado la jurisprudencia nacional, los presupuestos para la aprobación de un acuerdo conciliatorio son los siguientes:

- "- *La debida representación de las personas que concilian;*
- "- *La capacidad o facultad que tengan los representantes o conciliadores para conciliar;*
- "- *La disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes;*
- "- *Que no haya operado la caducidad de la acción;*
- "- *Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación, y*
- "- *Que el acuerdo no resulte abiertamente lesivo para el patrimonio público.*"⁴

Así las cosas, corresponde al Despacho revisar el acuerdo conciliatorio a que llegaron las partes convocante y convocada, ante la señora Procuradora 113 Judicial II para asuntos Administrativos de Medellín, con el fin de establecer si se cumplieron los requisitos de procedibilidad y de fondo, señalados en la Ley, ya que de conformidad con lo dispuesto en el **artículo 73 de la Ley 466 de 1998**, "*La autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando no se hayan presentado las pruebas necesarias para ello, sea violatorio de la ley o resulte lesivo para el patrimonio público...*".

Sea lo primero resaltar, que en el presente asunto, se comunicó la solicitud y fecha de audiencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación, tal y como lo establece el **artículo 613 del Código General del Proceso (ver folios 14)**.

Por otra parte, se observa que se cumplió con el presupuesto de procedibilidad, previsto en el **artículo 13 de la Ley 1285 del 22 de enero de 2009**, ya que por tratarse de un medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho – laboral, es obligatorio agotar la conciliación prejudicial.

3.1. Debida representación de las partes que concilian y su facultad para conciliar:

⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera. Providencia del 27 de Febrero de 2003. C.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez. Exp. 25000-23-26-000-2002-03150-01(23489).

El convocante posee capacidad jurídica y procesal para comparecer al proceso, y actuó a través de apoderado judicial con facultad expresa para conciliar, de acuerdo con el poder visible a folio 4. La entidad demandada a su vez, estuvo representada por apoderada judicial, facultada expresamente para conciliar, según poder otorgado por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, de conformidad con poder y anexos obrantes de folios 19 a 25.

3.2 Disponibilidad del derecho. De la conciliación de derechos ciertos e indiscutibles⁵.

La conciliación es procedente cuando se trata de asuntos transigibles, desistibles, derechos inciertos y discutibles. Entonces, tratándose de derechos pensionales, las partes no podrán llevar a cabo conciliación alguna al respecto, como quiera que se trata de derechos constitucionalmente reconocidos como irrenunciables e imprescriptibles.

En sentencia de la Sala Plena de la Sección Segunda, el honorable Consejo de Estado, en punto a los derechos laborales, avaló el siguiente precedente horizontal:

*"(...) Es indispensable no perder de vista que son materia de conciliación, derechos que tengan el carácter de "inciertos y discutibles" estos son los autorizados por el artículo 53 de la Carta Política, y a los que hace referencia la Ley Estatutaria al establecer dicho requisito "... **cuando los asuntos sean conciliables...**"*

*Quando una persona considera que ha causado el derecho a la pensión, por cumplir los requisitos señalados en la ley, las partes involucradas en la eventual controversia judicial, no están en posibilidad jurídica de conciliar tal derecho. **Él, como se sabe, es de carácter imprescriptible e irrenunciable, las condiciones para su reconocimiento están señaladas en la ley y ella no puede ser objeto de negociación por ninguno de los extremos, por ser de orden público...**"⁶*

No obstante lo anterior, la jurisprudencia ha señalado que pueden conciliarse derechos laborales, siempre y cuando no se menoscaben las garantías mínimas fundamentales, así:

⁵. Parágrafo 2º. El conciliador velará porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles (Artículo 2 Decreto 1716 de 2009).

⁶. Sentencia de 1 de septiembre de 2009. Rad. 2009-00817-00(AC). M.P. Alfonso Vargas Rincón. En sentencia radicado 25000-23-25-000-2009-00130-01(1563-09) del 11 de marzo de 2010, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

"(...) Esta diferenciación es relevante, en cuanto permite que la audiencia de conciliación pueda versar sobre derechos laborales, sólo que en este caso el alcance del acuerdo conciliatorio es limitado, pues el conciliador debe velar que no se menoscaben los derechos fundamentales.

(...)

Visto lo anterior, este Despacho considera que los anteriores planteamientos tienen plena aplicación respecto de la aplicación del artículo 70 de la Ley 1395 de 2010, cuando el litigio recae sobre el derecho fundamental a la seguridad social o sobre los beneficios mínimos consagrados en las normas laborales. De modo que el juez sí puede válidamente convocar a las partes a una audiencia de conciliación aún cuando el derecho en discusión tenga el carácter de irrenunciable, o sea cierto e indiscutible cuando precisamente en esa audiencia se satisface y reconoce el derecho reclamado. En ese evento "Si las partes llegan a un acuerdo el juez lo aprobará, si lo encuentra conforme a la ley", tal como lo ordena el inciso segundo del artículo 43 de la Ley 640 de 2001.

Lo anterior, en razón del desarrollo jurisprudencial expuesto anteriormente, ya que se concluye, la conciliación como etapa procesal y como acuerdo son diferentes, siendo válida la convocatoria a la audiencia de conciliación así se trate de un derecho irrenunciable, sólo que el acuerdo conciliatorio está limitado a que no se menoscaben derechos ciertos e indiscutibles y no se renuncie a los mínimos establecidos en las normas laborales y al derecho a la seguridad social, situaciones que debe verificar el juez que aprueba el acuerdo conciliatorio."⁷ (Subrayado fuera de texto).

Conforme con lo expresado por la máxima autoridad contenciosa administrativa, es posible convocar la conciliación sobre derechos pensionales, cosa distinta es el acuerdo conciliatorio, el cual no puede menoscabar los derechos fundamentales.

A su vez, en relación con las actualizaciones o indexación de los créditos laborales de origen pensional, adeudados al trabajador, señaló la misma Corporación Judicial: *"Lo antes dicho sin perjuicio de reconocer que estos valores pueden ser objeto de conciliación, porque no se trata de derechos laborales irrenunciables, sino de una depreciación monetaria que puede ser transada."*⁸

⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION B. C.P: GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá D.C., catorce (14) de junio de dos mil doce (2012). Radicación número: 25000-23-25-000-2008-01016-01(1037-11).

⁸. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B" radicado Nro. 54001-23-31-000-2005-01044-01(1135-10), del 20 de enero de 2011, M. P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

En el presente caso, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL reconoció el 100% del capital pretendido por el convocante y el 75% de la indexación correspondiente.

Así las cosas, al reconocer el 100% del capital correspondiente al reajuste pretendido por concepto de IPC, y el 75% de la indexación, la convocada reconoce considerablemente la acreencia que le asiste al señor **OSCAR DE JESUS RESTREPO MEJIA**, quien en este caso solo renuncia al 25% de la indexación de los valores adeudados, pero para nada el derecho propiamente dicho, por lo tanto éste Despacho encuentra que el presente acuerdo conciliatorio se ajusta a los parámetros legales y constitucionales, en lo que respecta a este ítem.

3.3. Ausencia de caducidad.

El artículo 164 literal c) del CPACA indica que los actos que reconocen o niegan total o parcialmente prestaciones periódicas pueden demandarse en cualquier tiempo. Así las cosas, habrá que entenderse que frente al presente caso no opera el fenómeno de la caducidad, dado que se trata de la reliquidación de una asignación de retiro, es decir, se trata de una prestación de carácter periódica.

En consecuencia, la solicitud de conciliación prejudicial podía intentarse también en cualquier tiempo.

3.4. Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación y no resulte lesivo para el patrimonio público.

3.4.1 De acuerdo con el acta de conciliación de fecha **16 de septiembre de 2013**, la entidad convocada acordó reconocer el reajuste de la asignación de retiro, para los años 1997 a 2004 con el índice de precios al consumidor, conforme a los términos de prescripción cuatrienal, con indexación del 75%, para un valor total neto a pagar de VEINTIUN MILLONES CUATROCIENTOS ONCE MIL SETECIENTOS DIECINUEVE PESOS M.L. (\$21.411.719,00); sumas que fueron aceptadas por la parte convocante (**folio 31**).

Como respaldo para el acuerdo conciliatorio, se allegaron los siguientes documentos:

- Oficio No. CREMIL 43130 del 6 de junio de 2013, por medio del cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, ofrece respuesta al derecho de petición elevado por el convocante de fecha 25 de mayo de 2013, radicado con consecutivo 43130 por medio de la cual solicita reliquidación de asignación de retiro conforme al IPC, respuesta en el cual se le indica que debe presentar solicitud de conciliación prejudicial a fin de acceder a sus peticiones.
- Oficio No. CREMIL 45920 del 22 de junio de 2011, por medio del cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, ofrece respuesta al derecho de petición elevado por el convocante de fecha 8 de junio de 2011, radicado con consecutivo 45920 por medio de la cual solicita reliquidación de asignación de retiro conforme al IPC, respuesta en el cual se le niega la solicitud.
- Copia del Oficio nro. 1009 del 27 de febrero de 1985 en el cual se le informa al señor OSCAR DE JESUS RESTREPO MEJIA, que mediante Resolución Ministerial Nro. 4643/84 se le reconocieron las prestaciones sociales a que tenía derecho.
- Copia de certificación expedida por la Secretaria Técnica del Comité de Conciliación de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares por medio de la cual se acredita la aprobación de la propuesta señalada por la representante judicial de la entidad convocada en la audiencia de conciliación que es objeto de revisión (fl. 29)
- Copia de liquidación efectuada por la Subdirección de Prestaciones Sociales- Grupo de Nómina, embargos y acreedores de la entidad convocada, valores liquidados por IPC correspondiente al señor RESTREPO MEJIA OSCAR DE JESUS, a partir del 25 de mayo de 2009 hasta el 16 de septiembre de 2013. (fls. 26 a 28)
- Copia memorando 341-5979 del 10 de septiembre de 2013, dirigido a la Oficina de Asesora Jurídica de CREMIL, emitido por la Subdirección de Prestaciones Sociales de la entidad, en el cual se totalizan los valores correspondientes a capital e indexación (fl. 28).

3.4.2. Reajuste de las mesadas pensionales en el Sistema de Seguridad Social Integral. Aplicabilidad en materia de asignaciones de retiro.

La **Ley 100 de 1993** en pro de conservar el poder adquisitivo de las pensiones, en el **artículo 14** dispuso que éstas se reajustaran según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado

por el DANE para el año inmediatamente anterior. Dispone la norma en mención:

"ART. 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".*

Por su parte, el **artículo 142** de la citada Ley, preceptúa:

"ART 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. *Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.*

"PARÁGRAFO. *Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual".*

La misma Ley en el **artículo 279**, excluyó del Sistema de Seguridad Social Integral, entre otros, a los miembros de la Fuerza Pública, razón por la cual el criterio de reajuste consagrado en el **artículo 14**, no sería en principio aplicable a éstos, ni en aquellos casos en los que fueran beneficiarios de asignaciones de retiro, así como tampoco, cuando lo fueran de pensiones de invalidez o sobrevivientes.

No obstante lo anterior, el **artículo 1° de la Ley 238 de 1995**, adicionó el **artículo 279 de la Ley 100 de 1993**, consagrando una salvedad a la excepción allí contenida, haciéndola inaplicable en materia de reajuste pensional, lo que quiere decir que tratándose de una pensión derivada del Sistema Integral de Seguridad Social o de una derivada de un régimen especial, su reajuste debe realizarse según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor. Prevé el **artículo 1° de la Ley 238 de 1995**, lo siguiente:

"ADICIÓNASE AL ARTÍCULO 279 DE LA LEY 100 DE 1993, CON EL SIGUIENTE PARÁGRAFO:

"PARÁGRAFO 4. *Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los **pensionados** de los sectores aquí contemplados".* (Negrillas fuera del texto).

De la lectura de la norma transcrita, se observa que la intención del legislador fue permitir el reconocimiento de los beneficios contemplados bajo los **artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993**, no sólo respecto de la generalidad de los trabajadores, sino, además, a favor de los **pensionados** cobijados por regímenes de excepción, que en un primer momento habían sido excluidos en forma expresa de los correspondientes derechos, y quienes a partir de la **Ley 238 de 1995** pudieron aspirar a disfrutar del reajuste de la mesada pensional con base en el I.P.C. certificado por el DANE (**artículo 14**), y a la denominada mesada adicional de mitad de año (**artículo 142**).

La idea que para ese momento se manejaba respecto de la mesada adicional y del reajuste pensional, era que a dichos beneficios sólo podían aspirar quienes se encontraban disfrutando de las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, con lo cual se abrió la discusión de si a los beneficiarios de una asignación de retiro también se les hacía extensivo el derecho, como quiera que se argumentaba que no era lo mismo una pensión en cualquiera de sus modalidades, que una asignación de retiro.

Advierte el Despacho, que la salvedad consagrada en el **artículo 1º de la Ley 238 de 1995**, se refiere a todos aquellos que tengan status de pensionado, y debe entenderse derogada tácitamente por el **Decreto 4433 de 2004**, que estableció nuevamente el reajuste de la asignación de retiro conforme al principio de oscilación.

3.4.3 Naturaleza jurídica de la asignación de retiro.

Dados los cuestionamientos de exequibilidad de las normas que consagran la existencia de un régimen especial para los miembros de la Fuerza Pública, la H. Corte Constitucional, se ha pronunciado sobre la naturaleza jurídica de la asignación de retiro⁹, determinando:

"...Es decir que en relación con el reajuste de las pensiones para los oficiales y suboficiales de la policía nacional o sus beneficiarios

⁹ En el mismo sentido de la Sentencia que se cita, la Corte se ha referido en las sentencias C-835/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra C-1032/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-101 y C-104/03 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia T-348 de 1997. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia C-956/01, MP. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

reconocidas de acuerdo con el Decreto 1212 de 1990, claramente resulta aplicable el artículo 14 de la ley 100 de 1993, pues el artículo 1° de la ley 238 de 1995 se refirió específicamente a los pensionados de los sectores que fueron excluidos por el artículo 279 de la ley 100 de 1993.

*Cosa distinta sucede con **el reajuste de la asignación de retiro, prestación que no puede asimilarse a las pensiones que se establecen en el decreto 1212 de 1990**, dadas sus especiales características a que se hizo referencia en el acápite anterior de esta sentencia, que igualmente impiden asimilarla a la pensión de vejez del régimen general de la ley 100 de 1993.*

Dicha asignación en efecto responde a criterios claramente diferentes del régimen señalado para la pensión de vejez del régimen general tanto en el caso del régimen de prima media con prestación definida (art. 33 de la ley 100 de 1993 y artículo 9 de la Ley 797 de 2003), como del régimen de ahorro individual con solidaridad (artículo 64 de la ley 100 de 1993), pues no es en función de la edad, del número de semanas cotizadas, o del capital acumulado que se tendrá derecho a ella, sino que es en función de las causales a que alude el artículo 144 del decreto 1212 de 1990 que producido el retiro después de 15 o 20 años de servicio se tendrá derecho a dicha asignación y que, sin perder su grado policial, los oficiales y suboficiales cesarán en la obligación de prestar servicio en actividad, salvo en los casos de reincorporación, llamamiento especial al servicio movilización". (...)

*Al respecto la Corte señala que en relación con la prestación de asignación de retiro regulada por el Decreto 1212 de 1990, como se desprende de las consideraciones preliminares de esta sentencia, **no resulta posible establecer una comparación con el régimen señalado para las pensiones reguladas en la ley 100 de 1993**, pues se trata de prestaciones diferentes que no pueden asimilarse y en relación con las cuales no cabe entonces predicar la configuración de un tratamiento discriminatorio para los oficiales y suboficiales con derecho a la asignación de retiro en los términos señalados en el Decreto 1212 de 1990 frente al tratamiento dado a los servidores a los que se les aplica el régimen general de la ley 100 de 1993.*

Cabe tener en cuenta así mismo que aún si dicha comparación resultara posible, en aplicación de los criterios a que también ya se hizo referencia en los apartes preliminares de esta sentencia para comparar las prestaciones establecidas en los regímenes especiales y el régimen general de seguridad social, no podría establecerse en este caso la configuración de un tratamiento discriminatorio pues para que el trato diferencial otorgado por un régimen especial sea verdaderamente discriminatorio es necesario que el mismo se evidencie de manera sistemática, no fraccionada. Es decir que para que el trato resulte discriminatorio y, por tanto, constitucionalmente reprochable es necesario que el conjunto del sistema - no apenas uno de sus elementos integrantes -, conlleve un tratamiento desfavorable para el destinatario.

Al respecto es claro que los beneficios establecidos en materia prestacional en el decreto 1212 de 1990 para los oficiales y

suboficiales de la Policía Nacional son globalmente considerados más favorables que los que se establecen el régimen general de la ley 100 de 1993, como lo precisó ya la Corte en diversas sentencia y no cabe en consecuencia considerar vulnerado el artículo 13 superior en este caso. (...)

Para la Corte como se desprende de las consideraciones preliminares de esta sentencia en virtud de la ley 238 de 1995 en el caso de la liquidación de las pensiones que se establecen en el Decreto 1212 de 1990, la norma aplicable es el artículo 14 de la ley 100 de 1993, por lo que en manera alguna puede considerarse que en este caso se esté estableciendo una discriminación para los oficiales y suboficiales de la Policía nacional frente a la situación de los servidores a los que se les aplica el régimen general de la Ley 100 de 1993, pues es exactamente el mismo régimen el que resulta aplicable". (...)

Al respecto ha de recordarse así mismo que la Corte ha sido enfática en que "...las personas 'vinculadas a los regímenes especiales deben someterse integralmente a éstos sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general. En efecto, no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo el usuario pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica¹⁰...." (Negrillas fuera de texto).

No obstante la anterior posición, posteriormente en la **Sentencia C-432 de 2004**, en estudio del Decreto 2070 de 2003, la Corte estableció la naturaleza jurídica de la asignación de retiro, definiendo que:

"Es una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de un cierto grado de especialidad (en requisitos), atendiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce.

Se trata, como bien lo afirman los intervinientes, de establecer con la denominación de "asignación de retiro", una pensión de vejez o de jubilación para los miembros de la fuerza pública, en la medida que el resto del ordenamiento especial de dichos servidores públicos, se limita a regular las pensiones de invalidez y sobrevivientes.

Un análisis histórico permite demostrar su naturaleza prestacional. Así, el artículo 112 del Decreto 501 de 1955, es inequívoco en establecer a la asignación mensual de retiro dentro del catálogo de prestaciones sociales a que tienen derecho los oficiales o suboficiales de la fuerza pública ²⁹. En idéntico sentido, se reitera la naturaleza prestacional de dicha asignación, en los artículos 101 y subsiguientes del Decreto 3071 de 1968.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-941 de octubre 15 de 2003. M. P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

*Por otra parte, la doctrina viviente a partir de la interpretación sistemática de los Decretos-Leyes 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990, ha reconocido la **incompatibilidad** de la asignación de retiro y de las otras pensiones militares, como prestaciones fundamentales del régimen especial de los miembros de la fuerza pública.*

Dicha incompatibilidad se origina en la prohibición constitucional de conceder más de una asignación que provenga del tesoro público, cuya causa o fuente de reconocimiento sea la misma, es decir, en este caso, la prestación del servicio militar durante largos períodos de tiempo³⁰. Por ello, no es cierto como lo sostiene la accionante que se trate de un beneficio adicional desproporcionado e irracional. Por el contrario, se trata de una prestación susceptible de reconocimiento por el retiro del servicio activo (al igual que la pensión de vejez) y que, por su propia naturaleza, es incompatible con otras pensiones militares. Lo anterior, no es óbice para que se reconozcan pensiones de jubilación e invalidez provenientes de otras entidades de derecho público, siempre que se causen en diferente tiempo, provengan de distinta causa y tengan un objeto no asimilable.

La Sala Plena hace suyos los planteamientos de la doctrina más autorizada sobre la materia, la cual ha sostenido que:

*"(...) **1.3 Compatibilidad de la asignación de retiro.** Estableció el legislador extraordinario la compatibilidad de las asignaciones de retiro y pensiones militares con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos y con las pensiones de jubilación e invalidez provenientes de entidades de derecho público. Los incisos 1° y 3° del artículo 175 del decreto 1211 de 1.990, señalan:*

*"Las asignaciones de retiro y pensiones militares se pagarán por mensualidades vencidas durante la vida del agraciado **y son compatibles con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos**, incluidos los correspondientes a la actividad militar por movilización o llamamiento colectivo al servicio.*

[...]

Las asignaciones de retiro y las pensiones militares son compatibles con las pensiones de jubilación e invalidez provenientes de entidades del derecho público".

Conforme a lo anterior, no existe duda alguna en relación con la naturaleza prestacional de la asignación de retiro. Adicionalmente, es indiscutible que dicha prestación cumple un fin constitucional determinado, pues conforme a lo expuesto, tiene como objetivo principal beneficiar a los miembros de la fuerza pública, con un tratamiento diferencial encaminado a mejorar sus condiciones económicas por la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares...¹¹.

Considera el Despacho que la sentencia citada recogió la tesis planteada en providencias anteriores, y cambió el concepto de la

¹¹ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-432 de Mayo 6 de 2004. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional sobre la naturaleza de la asignación de retiro, asimilándola a la pensión de vejez o jubilación del Sistema General de Seguridad Social.

En igual sentido se pronunció el H. Consejo de Estado en **Sentencia del 6 de Diciembre de 2007**, con ponencia del Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, acogiendo la posición de la Sentencia de la Sala de la Sección Segunda, del **17 de Mayo de 2007**, en esta ocasión la Alta Corporación, expresó lo siguiente:

"...En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, debe la Sala precisar si se ajusta o no a derecho el acto administrativo por el cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional negó a la actora el ajuste de su pensión de sobrevivientes con base en el IPC certificado por el DANE, previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Sobre el problema jurídico planteado, la Sección ya ha tenido oportunidad de pronunciarse decisión que será reiterada en el presente asunto en los siguientes términos:

La ley 100 de 1993 en su artículo 279 excluyó de su aplicación al siguiente grupo de servidores del Estado:

- a) Miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.*
- b) Personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción del que se vincule a partir de la vigencia de la ley.*
- c) Miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.*
- d) Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*
- e) Trabajadores de empresas que a la vigencia de la ley estuvieran en concordato preventivo y obligatorio, y*
- f) Servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos ni sus pensionados, excepción hecha de quienes se vinculen por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, bajo las condiciones allí previstas.*

Por consiguiente, 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:

Parágrafo 4. *Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados.*

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, sí tienen derecho a que se les reajuste sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del índice de Precios al Consumidor certificados por el DANE como lo dispuso el artículo 14 de la última, y a la mesada 14 en los términos del artículo 142 ibídem. (...)

Ahora bien, la Sala solo podría dejar de aplicar una ley ordinaria posterior, especial y más favorable, según se verá más adelante, en lugar de una ley marco anterior y su Decreto 1212 de 1990 que la desarrolla, bajo la condición de que aquella fuera incompatible con la Constitución Política, debido a que esa es la única hipótesis constitucional para dejar de aplicar una ley que no ha sido declarada inexecutable. Y la Sala encuentra que la Ley 238 de 1995 es más favorable para el demandante que la Ley 4ª de 1992 y el Decreto 1212 de 1990, porque al hacer la comparación entre los reajustes pensionales derivados del aumento de las asignaciones en actividad de los oficiales de la Policía Nacional establecidos en los Decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001, y 745 de 2002, y los que resulten 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.

En efecto, en el caso concreto la Sala pudo establecer que al actor le resulta más favorable el reajuste de la pensión, con base en el IPC (Ley 100 de 1993), como lo demuestra el siguiente cuadro comparativo, efectuado por el Contador de la Sección Cuarta de esta Corporación. Según lo dispuesto en auto proferido con fundamento en el artículo 169 del C.C.A.

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 más favorable, en la hipótesis de que llegare a haber duda en su aplicación, que para la Sala no la hay, por lo dicho anteriormente. (...)

Con fundamento en los argumentos transcritos, la Sala encuentra que en el presente asunto las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar. No obstante, las mesadas causadas con anterioridad al 15 de septiembre de 1999, no se reconocerán en virtud de la prescripción cuatrienal que opera para la Fuerza Pública, la cual está prevista en el artículo 155 del Decreto 1212 de 1990, cuyas diferencias deberán ajustarse en su valor con aplicación de la siguiente fórmula. (...)

Además el reajuste pensional aquí reconocido, debe liquidarse hasta el reajuste dispuesto por el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, debido a que esta norma volvió a establecer el mismo sistema que

*existió bajo la vigencia del Decreto 1212 de 1990, es decir, teniendo en cuenta la oscilación de las asignaciones del personal en actividad...*¹².

3.4.4. De acuerdo con lo anotado en apartes anteriores, y en virtud de las normas legales y la jurisprudencia citada, se concluye que la asignación de retiro, de la cual es beneficiario el personal de la Fuerza Pública, no se encuentra exenta de los beneficios consagrados en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, teniendo derecho a que el reajuste de tal prestación se realice según el valor porcentual del Índice de Precios al Consumidor (I.P.C.), certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), en el año inmediatamente anterior. Como lo reiteró el H. Consejo de Estado, al indicar *"...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 más favorable, en la hipótesis de que llegare a haber duda en su aplicación, que para la Sala no la hay, por lo dicho anteriormente..."*¹³.

3.4.5. En el caso concreto, **el convocante** pretende la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro reconocida por la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares**, adicionándole los porcentajes correspondiente a la diferencia existente entre el incremento en que fue aumentada la asignación, en aplicación de la escala gradual salarial porcentual y el índice de precios al consumidor (I.P.C.) que se aplicó para los reajustes pensionales con fundamento en el **artículo 14 de la Ley 100 de 1993**, norma que dispone el incremento anual de las pensiones, en un porcentaje igual al I.P.C. del año anterior **a partir del año 1997 y subsiguientes hasta el 2004**.

3.4.6. De conformidad a la línea jurisprudencial que se ha venido tratando, el Comité de Conciliación de la entidad, estableció como política conciliar tanto en sede judicial como extra judicial, el reajuste mediante índice de precios al consumidor de los sueldos de retiro de los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, aplicando la prescripción cuatrienal de las mesadas no reclamadas de manera oportuna.

¹² CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 6 de Diciembre de 2007. No. Interno: 7983-05. Actora: Amparo Duque de Mendoza. Contra: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. M.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado.

¹³ *Ibíd.*

3.4.7. Así las cosas, lo convenido y la liquidación efectuada no es violatoria de la ley, ni resulta lesiva para el patrimonio de la convocada, por cuanto los valores a reconocer se encuentran debidamente fundamentados, además se realizó con base en los parámetros establecidos por el Comité de Conciliación de la Entidad.

En consecuencia, el Despacho le impartirá su aprobación al acuerdo elevado por las partes, en la Audiencia de Conciliación celebrada ante la Procuraduría 113 Judicial II para Asuntos Administrativos, el 16 de septiembre de 2013 (folios 30 a 32).

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTICUATRO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN,**

RESUELVE

1. APROBAR LA CONCILIACIÓN PREJUDICIAL celebrada el día 16 de SEPTIEMBRE de 2013, por el señor **OSCAR DE JESUS RESTREPO MEJIA** identificado con la cédula de ciudadanía número 14.245.804; quien actuó a través de apoderado judicial, y la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL**, ante la Procuradora 113 Judicial II Administrativa, en los términos consignados en el Acta de Audiencia que obra a **folios 30 a 32** del expediente.

2. En virtud del acuerdo logrado, la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL**, conforme a los términos de prescripción cuatrienal pagará los valores correspondientes desde el 25 de mayo de 2009 hasta el 16 de septiembre de 2013, previos descuentos de ley con indexación del 75%, para un valor total neto a pagar de VEINTIUN MILLONES CUATROCIENTOS ONCE MIL SETECIENTOS DIECINUEVE PESOS M.L. (\$21.411.719,00); el reajuste con el IPC en la asignación mensual de retiro del señor Sargento Mayor OSCAR DE JESUS RESTREPO MEJIA entrará en nomina de pago de la entidad a partir de la ejecutoria de esta providencia. Con lo anterior se entienden conciliadas todas las pretensiones.

3. La **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL**, dará cumplimiento al presente al acuerdo en los términos establecidos en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y en los términos dispuestos en el acta de conciliación

4. El acta de acuerdo conciliatorio que data del 16 de septiembre de 2013, y el presente auto aprobatorio debidamente ejecutoriado, prestarán mérito ejecutivo y tendrán efectos de cosa juzgada, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 1716 de 2009.

5. Para el cabal cumplimiento de lo acordado por los solicitantes, y lo dispuesto en esta providencia, por secretaría se expedirán las copias respectivas con constancia de su ejecutoria, y precisando cuál de ellas resulta idónea para el cumplimiento de la obligación (**artículo 115 del Código de Procedimiento Civil**).

6. En firme esta providencia, por Secretaría se procederá al archivo del expediente.

NOTIFÍQUESE

MARIA ELENA CADAVID RAMÍREZ

Juez

NOTIFICACIÓN AL **PROCURADOR 110 JUDICIAL** DELEGADO
JUZGADO VEINTICUATRO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

EN MEDELLÍN, A LOS _____ DE _____ DE
2013, SE NOTIFICÓ AL PROCURADOR N° 110 DELEGADO EN LO
JUDICIAL ANTE ESTE DESPACHO DE LA PROVIDENCIA QUE
ANTECEDE.

NOTIFICADO

NOTIFICACIÓN POR ESTADO
JUZGADO VEINTICUATRO (24°) ADMINISTRATIVO **DE ORALIDAD**

EN LA FECHA SE NOTIFICÓ POR **ESTADOS** EL AUTO ANTERIOR.
MEDELLÍN, _____ FIJADO A LAS 8 A.M.

SECRETARIO