

República De Colombia



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
DE VALLEDUPAR - CESAR

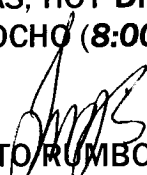
E D I C T O

RADICADO	:	20001-33-33-001-2012-00316-00
CLASE DE PROCESO	:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DRECHO
DEMANDANTE (S)	:	JOSE ORLANDO PRADA BETANCOURT
DEMANDADO (S)	:	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

EL SUSCRITO SECRETARIO DE ESTE DESPACHO JUDICIAL, **HACE SABER** QUE DENTRO DEL REFERENCIADO, SE DICTO:

SENTENCIA DE FECHA	EL SEÑOR JUEZ
04 DE DICIEMBRE 2013	JAIME ALFONSO CASTRO MARTINEZ

Y PARA NOTIFICAR A LAS PARTES Y DEMAS INTERESADOS DEL CONTENIDO DEL FALLO ANTERIOR, SE FIJA EL PRESENTE **EDICTO**, EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE LA SECRETARIA DE ESTE JUZGADO, POR EL TERMINO LEGAL DE TRES (3) DIAS, HOY **DIEZ (10) de DICIEMBRE de DOS MIL TRECE (2013)**, SIENDO LAS OCHO (8:00) DE LA MAÑANA.


JOSE ALBERTO RUMBO MAESTRE
SECRETARIO

SE DEJA CONSTANCIA QUE EL PRESENTE **EDICTO SE DESFIJA HOY DICIEMBRE DOCE (12) DE 2013**, SIENDO LAS SEIS (6:00) DE LA TARDE, DESPUES DE ESTAR FIJADO POR EL TERMINO LEGAL, EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE LA SECRETARIA.


JOSE ALBERTO RUMBO MAESTRE
SECRETARIO



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
Valledupar, Cuatro (04) de Diciembre de dos mil trece (2013).

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Demandante: JOSE ORLANDO PRADA BETANCOURT
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Radicación: 20-001-33-31-001-2012-00316-00.

I. ASUNTO

JOSE ORLANDO PRADA BETANCOURT, en ejercicio del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de apoderado judicial, en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a fin de obtener las declaraciones y condenas que a continuación se detallan:

II. DEMANDA

Pide el actor que en sentencia de mérito se haga un pronunciamiento sobre las siguientes:

III. PRETENSIONES

PRIMERA: Se declare nulidad del Acto Administrativo N° 66188 del 16 de diciembre de 2010, proferido por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a través del cual negó al señor JOSE ORLANDO PRADA cada una de las peticiones del derecho de petición impetrado por este el 13-10-2010.

SEGUNDA: Consecuencialmente de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada en el reconocimiento y reajuste de la asignación de retiro al Señor JOSE ORLANDO PRADA BETANCOURT, reconocida mediante Resolución N° 0014 del 07 de enero del 2000, adicionándole los respectivos porcentajes de la diferencia existente entre el incremento aumentado a la correspondiente asignación de retiro aplicando la escala gradual salarial porcentual y el índice de precios al consumidor (I.P.C.), de conformidad con el Artículo 14 de la Ley 100 de 1993, cuya normatividad señala lo correspondiente al incremento anual de las pensiones, en un porcentaje igual al índice de precios al consumidor (I.P.C.) del año anterior en los años relacionados a continuación:

- Para el año 2001, el 3.09%
- Para el año 2002, el 2.68%
- Para el año 2003, el 0.92%
- Para el año 2004, el 1.21%

TERCERA: Que se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, para que actualice e indexe los valores que resulten liquidados desde el año 2001 en adelante hasta la fecha en la que sea reconocido el derecho que al demandante debía habersele reajustado.

CUARTA: Que se condene, a la Entidad demandada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a el pago de los intereses moratorios sobre los dineros reconocidos de la debida aplicación de los porcentajes precitados en los numerales anteriores desde la ejecutoria de la respectiva sentencia.

QUINTA: Que se condene, a la Accionada Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al pago de costas procesales y agencias en derecho.

SEXTA: Que se condene a la Caja de Retiro, al cumplimiento de la sentencia que finalice la presente acción, en la forma y términos señalados en los Artículos 192 y ss del Código contencioso administrativo y el artículo 283 de la ley 1465 del 2012 , que dispone la condena en concreto.

IV. FUNDAMENTO FACTICO.

1. El Señor JOSE ORLANDO PRADA BETANCOURT, mediante Resolución N° 0014 del 07 de enero del 2000, expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, previo cumplimiento de los requisitos exigidos en el Artículo 158 Y 163 del Decreto 1211 de 1990, le fue reconocida la asignación de retiro en el grado de Sargento Mayor del ejército Nacional de Colombia.
2. Obtenida la asignación de retiro al demandante, se le han venido dando los reajustes anuales con base al principio de oscilación establecido en el Artículo 151 del Decreto 1211 de 1990, desconociendo lo señalado en el Artículo 1° de la Ley 238 de 1995, Artículo 14 y parágrafo 4° del Artículo 279 de la Ley 100 de 1993.
3. Durante los años 2001, 2002, 2003 y 2004 en su asignación de retiro al actor se le aplicó un reajuste inferior al porcentaje que indica el índice de precios al consumidor

(I.P.C.) del año inmediatamente anterior, vulnerando claramente el principio fundamental del mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, dispuesto en el Artículo 48 de la Constitución Política. Razón fundamental para no pagarse, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas legalmente.

4. Afirma además el apoderado judicial del demandante que vistos, estudiados y comparados detalladamente los incrementos dados a las mesadas de los pensionados del régimen general y los realizados en las asignaciones de los regímenes especiales como el efectuado a la asignación de retiro de su poderdante, es evidente una diferencia porcentual en su contra, como se ve a continuación:

- Para el año 2001, el 3.09%
- Para el año 2002, el 2.68%
- Para el año 2003, el 0.92%
- Para el año 2004, el 1.21%
-

5. Con fecha 13 de diciembre de 2010, el señor José Prada radicó ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, Derecho Constitucional de Petición el cual tenía por objeto: a) la reliquidación, reajuste y pago de la asignación pensional que viene percibiendo, de conformidad con los porcentajes señalados en fáctico anterior. b) indexación de los nuevos valores arrojados por la reliquidación.
6. La Caja de Retiro de la Fuerzas Militares respondió de manera negativa la solicitud contenida en el Derecho de Petición elevada por el demandante, mediante Acto Administrativo N° 66188 del 16 de diciembre de 2010, que aquí se demanda.

V. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante consideró infringidas las siguientes disposiciones: Constitucionales: arts. 2, 4, 13, 46, 48, y 53 de la Carta Política. Legales: art 1 de la ley 238 de 1995, art 14 y 279 en su párrafo y art 2 literal a de la ley 4 de 1992.

En lo tocante al concepto de la violación el apoderado judicial de la parte demandante, esgrimió la existencia de la excepción de inconstitucionalidad por primacía de la norma superior frente a la legal, violación del derecho fundamental de igualdad; además de solicitar la aplicación del art 46 de la Carta Política en relación a la protección al adulto mayor, art 48 y 53 con respecto al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, art 53 de la CN y 21 del Código Sustantivo del trabajo del principio de favorabilidad laboral y principio DUBIO PROPERARIO, art 58 de la CN del respeto de los derechos adquiridos.

VI. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte demandada, pese a ser notificada y vencerse el término de traslado de la demanda, guardó absoluto silencio (según constancia secretarial visible fl 59).

VII. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 06 de Diciembre de 2012 (fl.46) a la cual se le dio el trámite del proceso ordinario, es decir, admisión mediante auto del 28 de Enero de 2013 (fl 52), notificaciones, a las entidades demandadas (fl.55-56), al Procurador Judicial 185 Administrativo Delegado ante esta agencia judicial (fl.55-56), y se procedió a correr el traslado para la contestación de la demanda (fl. 57). Vencido el término de traslado para la contestación de la demanda, se dispuso a señalar fecha para realizar la audiencia inicial ordenada en el artículo 180 de la ley 1437/2011, (fl 60), la cual luego de surtirse, por no decretarse pruebas - por cuanto se aportaron las necesarias por el demandante-, se prescindió de la audiencia de pruebas, y se corrió término para la presentación de los escritos de alegatos a las partes, según lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 181 de la ley 1437/2011. Luego de presentados los alegatos, se pasó el expediente al Despacho, para proferir la respectiva providencia.

VIII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes guardaron absoluto silencio.

IX.- CONSIDERACIONES

9.1-Pronunciamiento sobre Nulidades, Presupuestos Procesales y Caducidad.

No encuentra el Despacho irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad parcial o total de lo actuado. Encuentra sí cumplidos los presupuestos procesales. En efecto, esta agencia judicial es competente en razón de la naturaleza del asunto. La demanda fue presentada dentro del término legal para ello, de tal manera que no ha ocurrido el fenómeno de la caducidad de la acción.

9.2.-Problema Jurídico.

El Problema Jurídico en el sub-lite, consiste en determinar si en el presente caso procede el reajuste de las mesadas pensionales (asignación de retiro) del señor JOSE ORLANDO PRADA BETANCOURT en su calidad de Sargento Mayor (r), con base en el IPC, y no con base al

principio de oscilación establecido en el artículo 151 del Decreto 1211 de 1990, tal como ha venido haciendo la entidad demandada.

9.3.- Normatividad Aplicable al caso en concreto.

Es preciso indicar que la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda en Providencia con Radicado N° 66001-33-31-002-2012-00006-01 (0-0133-2013), Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Demandante: Sofía Mantilla de Vélez, ya se ha pronunciado sobre lo que es objeto de controversia. En el mencionado fallo se incorporaron razones que serán reiteradas en el presente, dado que sirven de fundamento para la decisión que habrá de proferirse.

Así las cosas, en búsqueda de resolver el problema jurídico planteado, este Despacho entrará a analizar:

- A. Sobre la aplicación el régimen general de pensiones, ley 100 de 1993, sobre incremento con fundamento en el IPC, conforme lo indica su artículo 14, a las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública;
- B. Sobre el fenómeno de la prescripción en tratándose de las diferencias en los reajustes de las mesadas pensionales, término de prescripción, y precedente jurisprudencial al respecto.

El artículo 163 del Decreto 1211 de 1990 regula la asignación de retiro en los siguientes términos:

“ARTICULO 163. ASIGNACION DE RETIRO. Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sico-física, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente, y los que se retiren a solicitud propia después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50 por ciento) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años servicio y un cuatro por ciento (4 por ciento) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85 por ciento) del mismo monto. (...)”

El artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 indica la forma como deben reajustarse la asignación de retiro y las pensiones relativas al régimen de las Fuerzas Militares. Esta disposición prescribe:

“ARTICULO 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. (...)”

Por su parte, el artículo 279 de la ley 100/1993, dispuso:

“ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990...”

Artículo que fue adicionado por la ley 238/1995, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:

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

Artículo 14 de la ley 100 de 1993 que reza:

“ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. <Aparte subrayado condicionalmente EXEQUIBLE> Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior....” (Subrayado fuera del texto)

Con respecto al principio de oscilación establecido en el estatuto personal de los agentes de la policía nacional, el artículo 110 establece:

“ARTÍCULO 110. OSCILACION DE ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIONES. Las asignaciones de retiro y 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 un Agente y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 100 de este Estatuto; en ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal. Los Agentes o 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.”

El artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, que reglamentó la ley 923 de 2004 dispone:

“Artículo 43. Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual.

Los recursos dejados de pagar como consecuencia de la prescripción de que trata el presente artículo, permanecerán en la correspondiente entidad pagadora y se destinarán específicamente al pago de asignaciones de retiro en las Cajas o de pensiones en el Ministerio de Defensa Nacional o en la Dirección General de la Policía Nacional, según el caso.”

Del mismo tema, el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 estableció:

“ARTICULO 174. PRESCRIPCION. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.”

9.4 Lo Probado en el Proceso:

Con la demanda, el apoderado judicial del accionante aportó los siguientes documentos:

- Certificación N° 68194 del 27 de Diciembre de 2010 de la última Unidad Militar donde prestó sus servicios el Sargento Mayor (r) JOSE ORLANDO PRADA BETANCOURT. (fl 2)
- Memorial contentivo radicado N° 104376 del 13 Diciembre de 2010, del derecho de petición elevado ante la entidad demandada. (fls 3-6)
- Oficio consecutivo N° 66188 del 16 Diciembre 2010, emitido por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES en respuesta al derecho de petición motivo de la litis.(fl7)
- Certificación N° 66676 del 17 Diciembre de 2010, de porcentajes incrementados anualmente y el monto de las mesadas pagadas al demandante en los años 2000 a 2010. (fls 8-9)
- Extracto hojas de servicios del actor. (fls 10-11)
- Copia simple de la Resolución N° 0014 del 07 Enero de 2000, mediante el cual se reconoce la asignación de retiro al señor ORLANDO PRADA BETANCOURT. (fls 12-14)
- Copia fuente DANE de las variaciones porcentuales del IPC que se han dado a partir de 1995 hasta la fecha. (fl 16)

9.5 Caso Concreto:

De las normas descritas con anterioridad se puede concluir a simple vista, a luz del artículo 279 de la ley 100 de 1993, que las personas que prestan sus servicios en la fuerza pública

están excluidos de aplicárseles la normatividad del Sistema General de Pensiones, situación que se deriva de la naturaleza de la profesión realizada, profesión que los ubica en un régimen especial al ser exceptuado, cual es el régimen de prestaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que se rige por las disposiciones que estén vigente a la fecha de los hechos; disposiciones que prevalecen sobre las normas de carácter general.

Es por ello que al pertenecer la fuerza pública a un régimen especial – que le otorga la Constitución y la ley -, en el cual las asignaciones de retiro deben reajustarse anualmente de acuerdo a las variaciones que se introduzcan en las asignaciones pagadas a los militares que se encuentren en servicio activo de acuerdo con cada grado (principio de oscilación), no podrían acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

En consecuencia no puede el intérprete, a su arbitrio escoger que parte de una normatividad es la que le conviene para solicitar su aplicación y cual no, para por el contrario, no ser tenida en cuenta.

Sin embargo, la ley 238 de 1995 Adicionó la situación descrita en dicho artículo 279, dejando intactos los derechos y beneficios de las personas que pertenecen a la fuerza pública, pues a partir de su vigencia 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 certificado por el DANE como lo dispuso el artículo 14 de la última.

De conformidad con la jurisprudencia contenciosa, el incremento anual de las asignaciones de retiro de acuerdo con el IPC opera durante el tiempo posterior a la expedición de la Ley 238 de 1995 y hasta la expedición del Decreto 4433 de 2004, el cual corrige el desequilibrio en el reajuste anual de las asignaciones de retiro según el principio de oscilación teniendo en cuenta las asignaciones de los oficiales y suboficiales en actividad y, en adelante, prohíbe acogerse a normas que regulen ajustes para la administración pública, a menos que así lo regule expresamente la ley.¹

Dicho lo anterior se hace necesario traer a colación el Principio de Favorabilidad que se consagra en materia laboral, toda vez que se observa claramente que la ley 238 de 1995, además de aplicación expresa y ser norma posterior, es más favorable para el demandante que el decreto 1213 de 1990; el cual será fundamento de la siguiente afirmación:

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION B
Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá, D.C. dos (2) de febrero de dos mil doce (2012).
Radicación número: 11001-03-15-000-2011-01498-00(AC)

La "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador, es a quién ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro Ordenamiento Superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho", precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso.

De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas, escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador.²

Dicho lo anterior y comprobado en el proceso que en efecto en el caso concreto es más favorable para el accionante el reajuste de su asignación de retiro con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor como lo establece la Ley 100 de 1993 – modificada por la Ley 238 de 1995 -, y no con base en el principio de oscilación, pues al hacer la comparación entre los reajustes pensionales efectuados mediante la oscilación de las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en actividad 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; por lo que necesariamente, en búsqueda de proteger los derechos del actor, este Despacho, debe dar aplicación a la ley 238 de 1995 y su modificación a la Ley 100 de 1993, en preferencia.

En este orden de ideas, es posible concluir que al demandante le asiste el derecho de que su asignación de retiro sea reajustada de conformidad con el IPC durante los años subsiguientes a la expedición de la Ley 238 de 1995 y hasta cuando operó el reajuste del artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, por lo que sería inadmisibles para esta Agencia Judicial, no declarar la nulidad del Acto Administrativo N° 66188 del 16 de diciembre de 2010, proferido por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

Sin embargo, en cuanto a la pretensión encaminada al reconocimiento de las diferencias de las mesadas reliquidadas con la aplicación del IPC, se entrará a estudiar – antes de hacer algún tipo de pronunciamiento al respecto – el fenómeno jurídico de la prescripción de la siguiente manera:

La prescripción de las prestaciones pensionales causados y no reclamadas en tiempo, puede definirse como un fenómeno extintivo que recae sobre aquellos derechos, que pese a pertenecerle a quien los quiere hacer valer, pierden su exigibilidad por no haber sido

² Sentencia C-168 del 20 de Abril de 1995, Magistrado Ponente Dr Carlos Gaviria

reclamados en el tiempo jurídico determinado para ellos.

Los derechos que adquieren un trabajador como producto de una relación laboral en los términos del código sustantivo del trabajo, no son eternos sino que prescriben tres años después de haberse causado o adquirido, así lo contempla el artículo 488 del mismo código.

La prescripción, entonces, implica la pérdida del derecho por parte del trabajador y la cesación de la obligación por parte del empleador puesto que se pierde la oportunidad para reclamar.

En lo concerniente al fenómeno prescriptivo, objeto de la presente acción, existe controversia acerca de la norma que señala dicho límite prescriptivo, pues el término para su configuración se contempla, de un lado, el término de 4 años -cuatrienal- conforme el art. 174 del decreto 1211 y 1212 de 1990; y con la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, que reglamentó la ley 923 del mismo año, el Gobierno Nacional fijó el término de 3 años -trienal- contados a partir desde el día siguiente en que el derecho se haga exigible (art. 43 Decreto 4433/04).

A continuación, para determinar la norma a aplicar en el presente caso se tomará como referencia lo dispuesto en la Sentencia de la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda en Providencia con Radicado N° 66001-33-31-002-2012-00006-01 (0-0133-2013), Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Demandante: Sofía Mantilla de Vélez, de la siguiente manera:

"...Ha de advertirse que la Sección Segunda del Consejo de Estado, Subsección B7, se ha pronunciado sobre la prescripción trienal contemplada en el art. 43 del decreto 4433 de 2004, indicando que debe inaplicarse porque considera que si bien la referida ley 923 señala las normas, objetivos y criterios que debería observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza pública, esta reglamentación en ningún aparte desarrolló el tema de la prescripción, por lo que, considera, que el gobierno Nacional sobrepaso los límites en la reglamentación de la ley al señalar una prescripción trienal; indica, entonces, que debe atenderse la prescripción cuatrienal reglada por el decreto 1211/90- y 1212/90 Art. 174. Así lo indicó³:

"De la lectura atenta de la Ley 923 de 2004, se tiene que si bien es cierto por medio de ésta, se señalaron las normas, objetivos y criterios que debería observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza

³ Sentencia de constitucionalidad (Tutela) del Consejo de Estado, fechada el 02 de febrero de 2012, Radicado No. 11001-03-15-000-2011-01498-00 (AC), Sección segunda, Subsección B, CP Víctor Hernando Alvarado Ardila

Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política, también lo es que en ningún aparte de la misma se desarrolló el tema de la prescripción, aparentemente reglamentado por el Decreto 4433 de 2004, en mención.

De conformidad con el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política actual, el Presidente de la República, tiene asignada la potestad reglamentaria exclusiva, que lo faculta para reglamentar las leyes, con sujeción a la Constitución y al contenido mismo de la ley que se va a reglamentar. Ese poder de reglamentación se reconoce en orden a desarrollar la ley para su correcta aplicación, cumplida ejecución y desenvolvimiento, facilitando su inteligencia, debiendo para ello obrar dentro de los límites de su competencia, sin sobrepasar, ni limitar, ni modificar los parámetros establecidos en aquella, pues lo contrario, implicaría extralimitación de funciones y se constituiría en una invasión al campo propio del Legislador. (...)

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que mal podía el Tribunal dar aplicación a la modificación de la prescripción establecida en el Decreto 4433 de 2004, cuando el Presidente de la República, so pretexto de reglamentar una ley, excedió los términos de la misma, es decir cuando la legitimidad del Decreto se derivaba de la ley que reglamentaba, razón por la cual es claro que debe seguir dándosele aplicación al Decreto Ley 1212 del 8 de junio de 1990, mediante el cual el Presidente de la República de Colombia en uso de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 66 de 1989, reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional".

Advierte la Sala, que la línea conceptual al respecto del término prescriptivo en las asignaciones y reajustes de las asignaciones de retiro de los miembros de la fuerza pública, sobre el término para su configuración, la discrepancia que se generaba sobre si el término es de cuatro años conforme el decreto 1211, 1212 de 1990 o de tres años, según el Decreto 4433 de 2004 aparece zanjada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, en decisiones que constituye precedente, vía acción de tutela y vía acción ordinaria de nulidad y restablecimiento del derecho; teniendo por establecido que el término es cuatrienal

Así Indicó el Consejo de Estado⁴:

(...).Término de prescripción de la acción.

Un último interrogante, se relaciona con la aplicación del fenómeno prescriptivo, esto es, si es trienal o cuatrienal.

⁴ Sentencia Consejo de Estado, Sección Segunda, del 29 de julio de 2010, CP Alfonso Vargas Rincón, Expediente 1631-2008 nos indicó.... 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" conforme el decreto 4433 de 2004 [...]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.

Desde el año 2008, la Sección Segunda, Subsección A, en Sentencia de fecha 4 de septiembre, Expediente número 0628-08, siendo ponente el Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, inaplicó el Decreto 4433 de 2004, que señala un término de prescripción de tres años, en razón a que el Presidente de la República excedió la facultad reglamentaria prevista en la Ley 923 de 2004, por lo cual consideró que debe continuarse acudiendo a la prescripción cuatrienal consagrada en el Decreto 1212 de 1990.

Posteriormente se ha seguido dando aplicación a esta tesis, de lo cual da cuenta la decisión de 2 de febrero de 2012 emitida por esta Corporación, mediante la cual se decidió una acción de tutela cuyo radicado corresponde al número 11001-03-15- 000-2011-01498-00(AC), siendo ponente quien ahora realiza la misma función.

“Con base en las anteriores previsiones, la Sala considera que de conformidad con el precedente de esta Corporación la situación del accionante debió analizarse atendiendo a lo señalado en el artículo 174 del Decreto Ley 1211 de 1990, tal y como lo manifestó el Juzgado Veintiséis Administrativo de Bogotá - Sección Segunda.

Si bien a partir del 31 de diciembre de 2004, el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 modificó el término prescriptivo disminuyéndolo a 3 años, debe indicarse, 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, por lo cual en el presente asunto resulta procedente dar aplicación a la prescripción cuatrienal, tal y como se afirmó en la Sentencia de 4 de febrero de 2010, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, radicación N° 1238-2009.

Esta Corporación, en otras oportunidades, ha señalado que el término prescriptivo para los miembros de la Fuerza Pública es cuatrienal. Al respecto veamos:

En providencia de la Sección Segunda - Subsección A de 4 de septiembre de 2008, C.P. Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Expediente N° 0628-08, actor: Carlos Humberto Ronderos Izquierdo, se afirmó:

Por su parte, en la medida en que el derecho al reajuste con base en el IPC, en virtud del principio de favorabilidad, comprendió las vigencias 1997 a 2004, es claro que el término prescriptivo aplicable a asuntos en los que se aborde el reconocimiento de la referida prerrogativa es el establecido en los Decretos 1211 y 1212 de 1990, no el que se refiere en el Decreto 4433 de 2004, sobre el cual, incluso, se ha aplicado en algunas oportunidades la excepción de ilegalidad.

Como se puede observar, también la posición de esta Corporación en torno al tema, desde septiembre de 2008, es que la prescripción que se estudia debe ser cuatrienal.

Dicho todo lo anterior, es importante señalar que el derecho pensional es imprescriptible; pero frente a las mesadas o sus reajustes no reclamados en tiempo, sí opera la prescripción; es decir, que prescriben aquellas causadas y no reclamadas en tiempo, es por ello que este Despacho – en virtud de lo expuesto con anterioridad - dispondrá que la prescripción aplicable es la cuatrienal- conforme el decreto 1212/90- toda vez que las pretensiones del actor apuntan a obtener los reajustes causados en los años 2001 a 2004, en los cuales estaba vigente el art. 174 del decreto 1212 de 1990. Se tratan de prestaciones pensionales causadas en vigencia del citado decreto el cual establece la prescripción cuatrienal.

Es así como Teniendo en cuenta que en el caso concreto, el demandante presentó ante la entidad demandada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, reclamación de reliquidación de la asignación incluyéndose el IPC, el 13 de Diciembre de 2010 (véase a folio 03), se interrumpió el término, y por ello ha operado la prescripción respecto de los reajustes no reclamados pero que fueron causados, anteriores al 13 de Diciembre de 2006.

Sin embargo, advierte esta Agencia Judicial que tal prescripción no recae sobre el derecho pensional como tal, por cuanto – repetimos – este es imprescriptible, sino debe tenerse claro, que opera la prescripción es respecto del pago de lo no reclamado en tiempo no obstante, ello no puede afectar el incremento porcentual a que tiene derecho el pensionado y que aquí se reconoce con base en el IPC, desde que adquirió el status porque ellos inciden en las mesadas futuras.

Al respecto, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, del 29 de marzo de 2012, Radicación número: 11001-03-15-000-2012-00314-00(AC), Actor: ALBA MARIA RIVERA DE MUÑOZ, Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, dispuso:

“(...)Considera adicionalmente la Sala, que el razonamiento realizado por la autoridad judicial enjuiciada si bien estuvo bien argumentado al señalar que el derecho pensional es imprescriptible y que lo que prescriben son las mesadas o diferencias, no fue debidamente aplicado al caso concreto, pues debió efectuar un análisis más profundo del caso, de manera que se advirtiera que la reliquidación de la asignación de retiro percibida por el accionante, conforme a la variación del I.P.C. para el período 1997 a 2004, incide directamente en el monto de la asignación de retiro que percibe el actor en la actualidad, situación que no ocurrió, pues el tribunal se limitó a declarar la prescripción sin analizar esta circunstancia.

Al respecto, es preciso indicar que si bien el derecho al reajuste de la asignación de retiro no prescribe, sí lo hace el derecho al pago de las diferencias derivadas del reajuste que se haga, pues debe quedar claro que una cosa es el derecho pensional y otra es la cancelación del valor adicional que debió reconocerse y liquidarse para el pago de las mesadas pensionales, en cuanto inciden en su monto.

Quiere decir entonces, que al estar el señor Luis Enrique Muñoz Castro solicitando en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y a título de restablecimiento el reajuste de su asignación de retiro desde 1999 y hasta que se haga efectivo su pago, y en consecuencia el pago de las diferencias que se deriven de dicha operación; tenía el tribunal accionado el deber de establecer para que períodos era más favorable aplicar el régimen general pensional sobre el especial, para con ello concluir no sólo si la diferencia de las mesadas había prescrito, sino también en qué medida dicha diferencia incide en la liquidación de la asignación mensual que se le paga a la accionante como beneficiaria de aquel.

Lo anterior dado que es claro que existe una diferencia entre el valor de la asignación pagada en aplicación del principio de oscilación en el período 1997-2004 y lo que debió cancelarse si se hubiera utilizado el IPC, diferencias que no se pueden pagar por estar prescritas pero que objetivamente obligan a la entidad demandada a establecer una base de liquidación superior desde el año 2004.

Además se debe advertir, que tal reconocimiento de reajuste de la asignación de retiro con fundamento en el IPC, es por los años pedidos 2001 a 2004 y sólo hasta diciembre 31 de ese último año, porque a partir del 1 enero del 2005, por retomar el legislador el principio de oscilación como parámetro para el reajuste de la asignación de retiro, conforme lo señaló el art. 42 del decreto 4433/2004, no había diferencia porcentual que reconocer.

Así lo ha establecido el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, de la que podemos rescatar⁵:

ASIGNACION DE RETIRO – Evolución jurisprudencial. Límite temporal del reajuste con base en el índice de precios al consumidor. Aplicación hasta el 31 de diciembre de 2004. Principio de oscilación.

Estima la Sala que como se ha venido sosteniendo de tiempo atrás el correcto entendimiento del problema jurídico que se suscita en torno al reajuste de las asignaciones de retiro del personal de la Fuerza Pública, con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, y la solución que ha planteado la Sala de manera consistente y uniforme, a partir de la sentencia de 17 de mayo de 2007, consiste en precisar, que los miembros de la Fuerza Pública tienen derecho al reajuste de su asignación de retiro, anualmente, y que en virtud de lo dispuesto en la Ley 238 de 2005 ese reajuste para los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004 tuvo lugar de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, en tanto resultaba más favorable que el establecido por el gobierno nacional, en aplicación del principio de oscilación, que como resulta lógico, dicho incremento incidió positivamente en la base de la referida prestación, esto es incrementándola. Que a partir de la

⁵ Consejo de Estado, Sección segunda, sentencia del 15 de noviembre de 2012 radicado 2500023250002010 (00511-07) CP Gerardo Arenas Monsalve Sala de Decisión, Tribunal Administrativo de Risaralda 66001-33-31-002-2012-00006-01 (O-0133-2013) Nulidad y Restablecimiento del Derecho Demandante: Sofía Mantilla de Vélez

entrada en vigencia del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, el reajuste ya no se haría más de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, sino con aplicación del principio de oscilación, previsto en el artículo 42 del citado Decreto, pero que en todo caso, la base de la asignación de retiro a 31 de diciembre de 2004 debe contemplar el reajuste que en el pasado se ordenó con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, respecto de los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004. Bajo las consideraciones que anteceden no hay duda de que la tesis expuesta por las Subsecciones A y B, de la Sección Segunda de esta Corporación, en relación con el reajuste de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, ha estado orientada en un sólo sentido, esto es, a que el referido reajuste incide directamente en la base de la respectiva asignación de retiro, con una clara proyección hacia el futuro, lo que supone que a partir del 1 de enero de 2005, el reajuste efectuado con fundamento en el principio de oscilación, en virtud del Decreto 4433 de 2004, en todo caso parte del aumento que ha debido experimentar la base de la asignación de retiro, durante los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004. (...)

Así las cosas, para esta Subsección está claro que desde el referido pronunciamiento, de 17 de mayo de 2007. Rad. 8464-2005, la Sala Plena de Sección precisó: i) que el reajuste ordenado sobre la asignación de retiro, con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, incidía directamente en la base de la respectiva prestación pensional, y ii) que a partir del 1 de enero de 2005 el reajuste de las asignaciones de retiro del personal de la Fuerza Pública, que había cesado en la prestación de sus servicios, debía efectuarse conforme al principio de oscilación previsto en el artículo 42 del decreto 4422 de 2004.

La anterior consideración, fue reiterada y precisada en las sentencias que con posterioridad se proferieron en las cuales, con el objeto de evitar duda alguna respecto de su interpretación, la Sala sostuvo que: i) una cosa era el reajuste sobre la base de una asignación de retiro hasta el 2004, con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, y, ii) otra era que estos incrementos que a partir de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, se harían conforme al principio de oscilación...

Así las cosas, teniendo en cuenta el carácter imprescriptible de la pensión que conlleva asimismo la de su incremento en virtud a que el artículo 48 constitucional, consagra la irrenunciabilidad a la seguridad social, al tiempo que el artículo 53 contempla el derecho al pago oportuno y reajuste de las pensiones; y si bien el demandante no podrá aspirarse al pago de los montos de incremento según el IPC, antes del 13 de Diciembre de 2006, por haber operado la prescripción cuatrienal de dichos pagos, ante la reclamación realizada por el accionante el 13 de Diciembre de 2010, como se analizó en apartes anteriores, sí debe ser tenido en cuenta por la entidad demandada el mencionado incremento porcentual por los años 2001, 2002, 2003 y 2004, como se pidió en la demanda, porque ello incide en las mesadas futuras. Precisando que tal reconocimiento de reajuste procede hasta el 31 de diciembre de 2004, porque con la entrada en vigencia del decreto 4433 de 2004, el legislador retomó el principio de oscilación y por ello, a partir del 1 de enero de 2005 el reajuste de las asignaciones de retiro del personal de la Fuerza Pública, que había cesado en

la prestación de sus servicios, debía efectuarse conforme el principio de oscilación previsto en el art. 42 decreto 4433/04 12⁶.

Por lo anteriormente expuesto, y al observar este Despacho que el acto administrativo N° 66188 del Dieciséis (16) de Diciembre de 2010 expedido por CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES no se encuentra ajustado a derecho, se procederá a declarar la Nulidad de dicho acto administrativo, como en efecto se ordenará; además de ordenar a título de restablecimiento del derecho, a la demandada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, reliquidar los años 2001, 2002, 2003 y 2004, aplicando el reajuste con fundamento en el IPC, y hasta el 31 de diciembre de ese año. Y, a partir del 1 de enero de 2005, aplicar el reajuste con base en el principio de oscilación retomado por el decreto 4433 de 2004, pero sobre la base de la asignación de retiro que objetivamente debe ser superior en razón de los reajustes aquí reconocidos por los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

Para el año 2004 entonces, se establece una base superior de liquidación de la asignación de retiro que debe ser tomada en cuenta por la entidad al aplicar los reajustes anuales por los años siguientes al 2004, pero aplican con fundamento en el principio de oscilación.

Ahora, acerca de la pretensión del pago de los valores que representen las diferencias, debe indicarse que sólo procederían respecto de las diferencias en cuanto al reajuste que se causen posteriores al 13 de Diciembre de 2006, por cuanto los causados anterior a ella se encuentran prescritos. Sin embargo, la reliquidación a partir del 1 de enero de 2005, no se efectuará, puesto que la base modificada por los incrementos que ahora se reconocen para los años anteriores, se hace aplicando el principio de oscilación consagrado por el art. 42 del decreto 4433 de 2004- , de lo cual al hacer un estudio del caso se observa, que aplicando dicho principio de oscilación los valores arrojados nunca dieron por debajo del IPC.

De la misma manera, el actor solicita el reajuste y reliquidación de su asignación de retiro para los años 1997 y 1999, pero observa el Despacho que el Reconocimiento y pago de la asignación de Retiro del Señor JOSE PRADA, fue ordenada por medio de la Resolución N° 0014, a partir del Siete (07) de Enero del 2000 (ver folio 12); por lo que sería improcedente declarar el reajuste y reliquidación de una asignación de retiro inexistente, por cuanto aún no se había dictado la respectiva Resolución.

Costas. Considerando que en el presente proceso no se dilucidó un interés público y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011, se condenará en costas a la entidad demandada de conformidad con el artículo 392-1 del Código de Procedimiento Civil, más exactamente cuando establece *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso”*.

⁶ Como se referencio en la sentencia del 15 de noviembre de 2012, Rdo. 00511-07 CP Gerardo Arenas Monsalve, reiterando la posición de la Sección segunda desde el año 2007

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la prescripción del pago de los incrementos pensionales causados con anterioridad al 13 de Diciembre de 2006, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, esto es respecto al pago, pero no en cuanto a su causación, la que reconocida incide en forma cíclica en los aumentos subsiguientes.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad PARCIAL del Acto Administrativo Nro. 66188 del 16 de Diciembre de 2010, suscrito la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, en lo que respecta a la negativa de la petición de reajuste de asignación con base en el IPC.

TERCERO: SE CONDENA a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a título de restablecimiento del derecho, a EFECTUAR la reliquidación de la pensión de la demandante, teniendo en cuenta, para los años 2001, 2002, 2003 y 2004, los incrementos según el IPC, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, siempre y cuando este sea factor más favorable que el aplicado.

CUARTO: Los valores que resultaren liquidados deberán actualizarse en la forma prevista en el artículo 192 del C.P.A.C.A., de conformidad la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a lo dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último párrafo del artículo 187 del C.P.A.C.A.

QUINTO: Niéguese las demás pretensiones solicitadas por la actora.

SEXTO: La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES cumplirá esta sentencia dentro de los términos consagrados en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: Condénense en Costas a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES. Liquédense.

NOVENO: Una vez en firme esta sentencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

Notifíquese y Cúmplase.


JAIME ALFONSO CASTRO MARTÍNEZ
~~Juez Primero Administrativo del Circuito de Valledupar.~~