



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, veintiuno (21) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Expediente número: 70001-33-33-001-2015-00234-00

Demandante: TORIBIO JOSÉ MORALES LUNA

Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –
“CREMIL”

Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede al Despacho a pronunciarse sobre el acuerdo conciliatorio suscrito por el señor **TORIBIO JOSÉ MORALES LUNA** y la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – “CREMIL”**, en curso del trámite dispuesto por el inciso 8º del Art. 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ANTECEDENTES

El señor **TORIBIO JOSÉ MORALES LUNA**, presento demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – “CREMIL”**, con el objeto de que se declarara la nulidad del acto administrativo contentivo en Oficio N° 16044 de fecha marzo 22 de 2013.

En consecuencia, solicito se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a reconocer, reajustar y pagar el incremento adecuado a los años 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008, equivalente a la variación porcentual del I.P.C., para dichos años en los valores de asignación de retiro del actor, más los intereses moratorios.

Agotadas las etapas respectivas, esta agencia judicial, en audiencia inicial de fecha marzo 7 de 2017¹, de conformidad con el numeral 8 del artículo 180, el cual otorga la posibilidad a las partes de conciliar en audiencia inicial, y una vez observado el ánimo conciliatorio por las partes intervinientes en el proceso, este despacho precisó:

- . Teniendo en cuenta el ánimo conciliatorio de las partes, advierte que la liquidación aportada como base para realizar el pago por parte de la entidad demandada al actor, deberá ser enviada al contador adscrito a este juzgado para su verificación.

- . Una vez efectuado el control de legalidad sobre el acuerdo conciliatorio, este despacho procederá a adoptar la decisión correspondiente y de ser el caso reanudará el trámite de esta diligencia.

(...)”

Posteriormente, y una vez efectuado el control de legalidad sobre la liquidación aportada, y atendiendo el ánimo conciliatorio de las partes, se procede a realizar un recuento de lo consignado por el comité de conciliación de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Los términos en mención se encuentran consignados en sesión del Comité de Conciliación de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – “CREMIL”, acta No. 08 de febrero 17 de 2017², en la que se indicó:

*1.-**Capital:** se reconoce en un 100%*

*2.-**Indexación:** será cancelada en un porcentaje 75%*

*3.-**Pago:** el pago se realizará dentro de los seis meses siguientes, contados a partir de la solicitud de pago.*

*4.-**Intereses:** No habrá lugar al pago de intereses dentro de los seis meses siguientes a la solicitud de pago.*

5.-El pago de los anteriores valores está sujeto a la prescripción cuatrienal.

¹ Folios 95-97.

² Folio 98.

6.-Costas y Agencias en Derecho: considerando que el proceso termina con la conciliación las partes acuerdan el desistimiento por este concepto.

7.-Los valores correspondientes al presente acuerdo conciliatorio se encuentran señalados en la liquidación, la que se anexa a la presente certificación.

Así las cosas, ante el acuerdo conciliatorio suscrito, este Despacho procede a resolver su aprobación, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

La conciliación como mecanismo autocompositivo de solución de conflictos, encuentra su consagración normativa en asuntos contenciosos administrativos, en la Ley 446 de 1998, que en su artículo 70, prevé, que las personas jurídicas de derecho público, pueden conciliar total o parcialmente, en la etapa judicial y extrajudicial, por medio de sus representantes legales o apoderados judiciales, las controversias de contenido económico y de carácter particular, que conozcan o puedan conocer los jueces contenciosos administrativos, a través de las acciones – hoy medios de control, en vigencia de la Ley 1437 de 2011 – de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

Es de anotarse que la misma ley prevé el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, con miras a resolver los conflictos antes de acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa, pero igualmente, abre la oportunidad para que el instituto en mención se surta en cualquier etapa procesal, disponiéndose de unas eventualidades específicas y reglamentadas, como el que acontece en este caso, al momento de realizarse la Audiencia Inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A., y en su inciso 8º que permite la oportunidad de conciliación entre las partes intervinientes en la diligencia.

No obstante, sin importar el escenario en que se surta el acuerdo conciliatorio, su estudio y valoración es el mismo, donde es pertinente destacar:

(i).- la Ley 640 de 2001 dispone, que serán conciliables, todos aquellos asuntos susceptibles de transacción y desistimiento³, esto es, que estén a disposición del titular y que este mismo, tenga la facultad de reclamar o no, en cualquier tiempo, atendiendo las normas procesales vigentes, el derecho pretendido; y

(ii).- Deben observarse los presupuestos establecidos en el inciso 3º del artículo 65A de la Ley 23 de 1991, agregado por el artículo 73 de la Ley 446 de 1998, que estipula:

“(...) 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 (...)”

Por lo tanto, para la aprobación del arreglo conciliatorio, debe verificarse, que los hechos objeto de acuerdo estén debidamente probados, no transgreda el ordenamiento jurídico y no afecte el erario del Estado.

El anterior panorama implica que el acuerdo suscrito, debe ser sometido a un control de legalidad que corresponda a los lineamientos normativos antes expuestos, y donde el papel del juez contencioso administrativo, como garante del ordenamiento y el acuerdo de voluntades, desde su juicio racional y razonable, determine la viabilidad del mecanismo de solución de conflictos en estudio.

Al respecto, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁴, ha resaltado:

“La Carta Política prevé la posibilidad de que las personas, naturales o jurídicas, acudan a mecanismos alternos para la resolución de sus conflictos, situación que desarrolla la consagración que recoge el artículo 9 de la Ley 270 de 1996 –principio de alternatividad– al disponer que la ley podrá establecer mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados.

³ Artículo 19.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente con radicación interna 41834. C.P Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

Entre los mecanismos alternativos previstos en el ordenamiento para la resolución de los conflictos jurídicos se encuentra la conciliación, la cual ha sido concebida como el procedimiento por medio del cual un número determinado de individuos entre quienes exista una controversia deciden componerla con la intervención de un tercero neutral –conciliador– quien además de proponer fórmulas de arreglo, da fe de ese acuerdo y en algunos casos le imparte su aprobación; por regla general el convenio que se obtenga resulta obligatorio y definitivo para las partes que en su adopción intervengan.

En materia Contencioso Administrativa la Ley 23 de 1991 introdujo la conciliación también como mecanismo para descongestionar los despachos judiciales y al efecto previó que tanto en la etapa prejudicial como en la judicial, las personas jurídicas de derecho público podrían conciliar de manera total o parcial en aquellos conflictos de carácter particular y contenido patrimonial que se ventilaran ante la mencionada jurisdicción a través de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, de reparación directa y de controversias contractuales.

Se agrega que de conformidad con el artículo 65A de la Ley 23 de 1991, tratándose de este mecanismo alternativo de solución de conflictos que judicialmente deberían ser o son de conocimiento de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en el evento en que las partes logren un acuerdo conciliatorio, éste debe someterse a un control de legalidad u homologación, para lo cual el operador judicial competente debe verificar que el arreglo: i) cuente con las pruebas necesarias que lo sustenten; ii) que no sea violatorio de la ley y; iii) que no resulte lesivo para el patrimonio público.

Acerca del control de legalidad que debe ejercer el juez administrativo en relación con los acuerdos conciliatorios, la Sección Tercera de esta Corporación ha expuesto:

“La conciliación en el derecho administrativo es un importante mecanismo para la composición de litigios y para la descongestión de despachos judiciales con el fin de asegurar un eficaz acceso a la Administración de Justicia, tal y como lo ordenan el Preámbulo y los artículos 2 y 229 de la Constitución Política. Pero, esta consideración, como ya lo tiene determinado de antaño esta Sección, no puede conducir a la aprobación judicial mecánica de las conciliaciones de las partes, sin parar mientes en la indebida utilización que se pueda hacer de esta institución y en las defraudaciones que, por su aplicación, se puedan producir al tesoro público, comoquiera que la conciliación, como fuente reguladora de conflictos, supone la legalidad

de este negocio jurídico, en tanto que la posibilidad de disponer de los intereses estatales debe ajustarse rigurosamente al ordenamiento vigente y, por ello mismo, exige previa homologación judicial.

En otros términos, si bien la conciliación propende por la descongestión de la Administración de Justicia y por la composición del conflicto a través de una solución directa acordada por las partes, no lo es menos que todo acuerdo conciliatorio debe ser verificado por el juez, quien para aprobarlo debe establecer que éste sea legal y no resulte lesivo al patrimonio público.

Y en esta tarea el juez, ante quien se somete a consideración el acta donde consta el acuerdo conciliatorio, debe realizar las valoraciones correspondientes que le permitan concluir si la conciliación se ajusta a la ley. O lo que es igual, la conciliación en el derecho administrativo -y por ende en controversias contractuales del Estado- como solución alternativa de conflictos, debe estar precedida, conforme el pensamiento uniforme y reiterado de la Sala, de un estudio jurídico comprensivo de las normas jurídicas y de la doctrina y jurisprudencia aplicables al caso, pues al comprometer recursos del erario es claro que su disposición no se puede dejar a la voluntad libérrima de los funcionarios, sino que amerita el cumplimiento de reglas y exigencias muy severas y precisas que impiden el uso de la conciliación para fines no previstos y no queridos por la ley.

En tales condiciones se tiene que la conciliación contencioso administrativa como instituto de solución directa de conflictos, construida a partir de la capacidad dispositiva de las partes y cuya bondad -tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia-, como fórmula real de paz (en tanto borra las huellas negativas del conflicto) y como instrumento de descongestión de los despachos judiciales, está suficientemente demostrada, no puede convertirse en un procedimiento expedito para manejar a su arbitrio el tema de la contratación pública.

Este control en modo alguno supone por parte de esta instancia un pre-juzgamiento, sino que su tarea se circunscribe a la revisión del acuerdo conciliatorio en orden a verificar su entera sujeción al ordenamiento jurídico. La conciliación supone, entonces, que la solución adoptada por las partes para poner fin al litigio sea ajustada a derecho, y si no es así el juez tiene la obligación de improbarla. Por lo mismo, la conciliación sólo produce efecto hasta tanto el juez contencioso imparte su aprobación, en otros términos, para su eficacia jurídica requiere de homologación judicial.

Bajo el anterior contexto, estricto sensu, la aprobación del acuerdo conciliatorio depende de la fortaleza probatoria que lo sustenta, habida cuenta de que el juez, además de llegar a la íntima convicción de su fundamentación jurídica, tal y como se señaló, debe inferir que no resulte lesivo del patrimonio público. Nótese que, acorde con las voces del artículo 73 in fine de la Ley 446 de 1998 (que incorporó el artículo 65 A. de la Ley 23 de 1991, compilado por el artículo 60 del Decreto 1818 de 1998), el acuerdo conciliatorio debe estar fundado en “las pruebas necesarias”, esto es, contar con el debido sustento probatorio”.

Desarrollado lo antes expuesto, y para el **caso concreto** se tiene que:

- Se prevé la facultad de conciliación de las partes, como quieren que sus apoderados judiciales, están facultados para ello, tal como se observa de la concesión de poderes judiciales obrantes a folios 1 y 103 del expediente.

- El Acuerdo conciliatorio, versa sobre la solicitud de conciliación propuesto por la entidad demandada y aceptado por la parte actora, de conformidad con la oportunidad dada por la Ley, en el inciso 8to del Art 180 del C.P.A.C.A., de allí que el asunto se asume como conciliable.

Se precisas que el objeto del acuerdo suscrito es conciliable, en los términos consignados en reunión ordinaria del Comité de Conciliación de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – “CREMIL”, acta No. 08 de febrero 17 de 2017, al establecer sus parámetros, con la exclusión de aquellos valores relacionados con la condena en costas y agencias en derecho, proposición que se reitera, fue aceptada por la parte demandante, sin observación alguna, y de la cual se indica por la contadora adscrita a los Juzgados Administrativos, que la liquidación efectuada se ajusta a los parámetros legales (fl. 112).

Siendo esta la oportunidad para también precisar, que el acaecimiento de costas y agencias del derecho, es un asunto de carácter conciliable, atendiendo su naturaleza económica⁵, predicable en favor de la parte que se asume como “vencedora” en el trámite judicial.

⁵ Ver corte Constitucional. Sentencia C- 539 de 199. M.P Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. En la cual se indicó: *Las costas pueden ser definidas como aquella erogación económica que corresponde*

-. Igualmente la Agente del Ministerio Público, se hace presente en la audiencia de conciliación, en la que aprueba el ánimo conciliatorio de las partes en la diligencia efectuada el 7 de marzo de 2017.

-. Observa el juzgador, que el contenido del acuerdo se ajusta a derecho, como quiera que no transgrede el ordenamiento jurídico y no afecte el erario del Estado, en atención de los aspectos antes referidos y lo siguiente:

EL RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LA FUERZA PÚBLICA.

La Constitución Política Colombiana es la que determina que los miembros de la Fuerza Pública –integrada por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional- se encuentran regidos por un Régimen Especial.

En relación tenemos que:

Lo establecido en la **Ley 4ª de 1992**, en su artículo 13, reza:

*“**Artículo 13.** En desarrollo de la presente Ley el Gobierno Nacional establecerá una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública de conformidad con los principios establecidos en el artículo 2º.*

El artículo 169 del **Decreto 1211 de 1990**, por medio del cual, se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, establecía el referido principio de oscilación en los siguientes términos:

*“**Artículo 169.** OSCILACIÓN DE ASIGNACIÓN DE RETIRO Y PENSIÓN. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones*

*efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial. Esta carga económica comprende, por una parte, las expensas, es decir, todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderados (honorarios de peritos, impuestos de timbre, copias, gastos de desplazamiento en diligencias realizadas fuera de la sede del despacho judicial, etc.) y, de otro lado, las agencias en derecho, correspondientes a los gastos efectuados por concepto de apoderamiento, las cuales - **vale la pena precisarlo - se decretan en favor de la parte y no de su representante judicial.***

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.

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

Como puede observarse, el principio de oscilación de asignaciones de retiro y pensión de jubilación se ha mantenido sin ninguna alteración en todas las leyes y decretos de la carrera de Agentes, Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y tiene como finalidad proteger el poder adquisitivo constante de las pensiones y para ello se tomó como punto de referencia el sueldo de los policías y militares en actividad, de tal suerte que cada que se ordene una variación de los salarios del personal en actividad debe extenderse automáticamente al personal retirado.

Así las cosas una vez, anotado lo anterior tenemos que la ley 100 de 1993, comienza a distinguir además, que existen dos sistemas, uno para acceder a la asignación de retiro y otro a la pensión de jubilación, y de que existen dos formas para establecer los aumentos en cada uno de los regímenes, ya sea el de la Fuerza Pública o el del Sistema Integral de la Seguridad Social. Dicha distinción es ratificada en el artículo 279 de la ley 100 de 1993, el cual dispone:

“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, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.”

Posteriormente, con la expedición de la **Ley 238 del 26 de diciembre de 1995**, se adicionó el artículo 279 de la Ley 100/93 de la siguiente manera:

*“**Artículo 1.** 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.”*

En ese orden de ideas, para este Despacho aparece claro que, **hasta antes de la modificación introducida por la Ley 238 de 1995, las normas estipuladas en la Ley 100 de 1993 eran aplicables sólo al sistema general de pensiones y no al régimen especial de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional**, pues esta voluntad se desprendía de un mandato constitucional, el cual quiso que los miembros de la Fuerza Pública, tuvieran un régimen prestacional distinto a los demás trabajadores de la administración pública, debido a las funciones especiales que prestan, y por ello, se hacen acreedores a una asignación de retiro y no a una pensión de jubilación. Además porque existen criterios diferentes para su concesión, mientras la primera se concede por el retiro de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional una vez cumplidos los requisitos de ley (15 ó 20 años de servicio), la segunda se reconoce con ocasión de la edad y las semanas cotizadas al sistema.

Significa lo anterior que, a partir de la vigencia de la ley 238 de 1995, los miembros de la Fuerza Pública que disfruten de una asignación de retiro, tienen derecho a que se les reajuste de acuerdo con el incremento anual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE, de la misma manera como lo establece el artículo 14 de la ley 100 de 1993, que señala:

*“**Artículo. 14.** Reajuste de pensiones. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalides y de sustitución o sobrevivientes, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, **se reajustaran 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.” (Negrillas fuera de texto)

Sin embargo, 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 1211 de 1990, es decir, teniendo en cuenta la oscilación de las asignaciones del personal en actividad. Dispone dicho artículo 42 lo siguiente:

“Oscilación de la asignación de retiro y de la pensión. Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado.

En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.

El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.”.

Acerca del tema, la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, en providencia de fecha 17 de mayo de 2007, expediente N° 8464 de 2005, C.P. Dr. Jaime Moreno García, señaló lo siguiente:

“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 era 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 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.”*

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 certificado por el DANE como lo dispuso el artículo 14 de la última, y a la mesada 14 en los términos del artículo 142 ibídem. (Negrilla fuera de texto).

*Solo que, como se resumió anteriormente, la Caja demandada alegó un problema de **competencia** para regular el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, porque según ella es materia que le corresponde al Gobierno Nacional en ejercicio de la ley 4ª de 1992, y de **prevalencia** de esta última sobre cualquier otra norma que pretenda regular aquel régimen de manera diferente. En otras palabras, según se vio, la Caja demandada no le dio aplicación a la ley 238 de 1995 por considerar que prevalecen los mandatos de la ley 4ª de 1992 porque quedaría de manera injusta el personal en actividad en inferioridad de condiciones al personal retirado.”*

Decisión que ha sido asumida de manera unificada por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, tal como se observa en sentencia del 15 de noviembre de 2012⁶, donde se puntualizó:

Estima esta Subsección que dicha interpretación no corresponde a lo reiterado por la Sala Plena de la Sección Segunda de esta Corporación desde la providencia de 17 de mayo de 2007. Rad. 8464-2005. M.P. Jaime Moreno García. En efecto, si bien es cierto en esa oportunidad la Sala centró su argumentación en torno a la eventual falta de competencia del legislador para expedir la Ley 238 de 2005, en tanto la regulación del régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública estaba reservado exclusivamente al Presidente de la República según lo establecía el artículo 1 de la Ley 4 de 1992, no lo es menos que en la misma providencia, al descender al caso concreto y acceder a las súplicas de la demanda, se precisó que el reajuste ordenado sobre la base de la asignación de retiro, con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, respecto de los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002,

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección B. Expediente con radicación interna 0907-2011. C.P Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

2003 y 2004, contaba con un límite temporal, esto es, el 31 de diciembre de 2004, fecha de entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, mediante el cual se volvía adoptar como método de reajuste de la citada prestación, el principio de oscilación.

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 sentencias⁷ que con posterioridad se profirieron 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.

(...)

Recapitulando lo antes expuesto, 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.

⁷ Sentencias de 16 de abril de 2009. Rad. 2048-2008 M.P. Víctor Alvarado Ardila; 27 de enero de 2011. Rad. 1479-2009 M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren y 27 de octubre de 2011. Rad. 2167-20090 M.P. Alfonso Vargas Rincón.

Que a partir de la 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

(...)

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, concluye la Sala que el reajuste efectuado sobre las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública obedece a uno sólo, el cual se ha efectuado en el tiempo con fundamento en dos criterios distintos, a saber, el primero con observancia del índice de precios al consumidor, IPC, esto, hasta el 31 de diciembre de 2004, fecha en la que se retoma el principio de oscilación el cual, en todo caso, incrementará anualmente y a futuro las mesadas de las asignaciones de retiro del personal en retiro, partiendo siempre de la última mesada pensional del año 2004, la cual como resulta obvio había sido ajustada en su base conforme al índice de precios al consumidor, IPC.

Lo anterior, no supone en ningún caso un doble reajuste sino como quedó visto el ejercicio del derecho constitucional de que gozan los miembros en retiro de la Fuerza Pública a que a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional. (Citas del texto).

Y en proveído, de extensión de sentencia de unificación de 26 de marzo de 2014⁸, indicó:

“Se puede extender los efectos de la sentencia de unificación solicitada por cuanto se demuestra que el incremento de su asignación de retiro se hizo en un porcentaje menor al IPC para los años 1996 a 2004, bajo los siguientes argumentos reiterados por la jurisprudencia de la Sección Segunda de esta Corporación: El ajuste de pensiones y asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública debe hacerse conforme al índice de precios al consumidor I.P.C., de que trata el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, en sus artículos 14 y 142, por remisión expresa que hiciera el propio legislador en la Ley 238 de 1995. Bajo estos supuestos, y teniendo en cuenta que la Sala de Sección ya había establecido en sentencia de 17 de mayo de 2007. Rad. 8464- 2005. M.P. Jaime Moreno García que en el caso de los oficiales de la Fuerza Pública les resultaba más favorable el reajuste de su asignación de retiro, con aplicación del

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección B. Expediente con radicación interna 2062-12. C.P Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

índice de precios al consumidor I.P.C., respecto de los años 1997,1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004 la Sala, para el caso concreto, dará por probado ese hecho y, en consecuencia, ordenará el ajuste de las asignaciones de retiro del solicitante y que viene percibiendo, con fundamento en el índice de precios al consumidor, I.P.C., respecto del citado período, sin perjuicio del término prescriptivo.”

Así las cosas, este Despacho Judicial defiende la tesis referente a que la aplicación del IPC no es absoluta ni indefinida en el tiempo, toda vez que la Ley 238 de 1995 tuvo vigencia hasta el año 2004 fecha en la cual fue expedida la **Ley 923 de 2004**, en los siguientes términos:

“Artículo 30. ELEMENTOS MÍNIMOS. <Apartes subrayados **CONDICIONALMENTE** exequibles> *El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:*

“ ...

“3.13. El incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo. (Subrayas del Despacho).

La Ley 923 de 2004 fue reglamentada posteriormente por el artículo 42 del Decreto 4433 del mismo año:

“Artículo 42. OSCILACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO Y DE LA PENSIÓN. *Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.*

“El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley. (Subrayas del Despacho)

En ese orden, el ajuste de las asignaciones de retiro a partir del año de 1995 deberá hacerse con fundamento en el I.P.C. que certifique el DANE, fórmula aplicable

hasta el año de 2004, en razón de que el propio Legislador volvió a consagrar el sistema de oscilación como la forma de incrementar las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, a través del artículo 3 [3.13] de la Ley 923 de 2004, el cual fue reglamentado por el artículo 42 del Decreto 4433 del mismo.

PRUEBAS.

- Petición elevada el 01 de marzo de 2013, ante la Caja de retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, reconocimiento, reajuste y pago de acuerdo al I.P.C., de la asignación de retiro (folios 2-3).
- Oficio No. 13426 de fecha marzo 22 de 2013, mediante el cual se niega el reajuste (folio 4).
- Copia autentica del acta de conciliación N° 4617/2014 de fecha marzo 18 de 2014, expedida por la Procuraduría 104 Judicial I (folios 5-8).
- Auto interlocutorio N° 70001-33-33-009-2014-00147 de fecha agosto 28 de 2014, proferido por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, el cual improbió la Conciliación extrajudicial (folios 9-11).
- Original de la liquidación aportada por el Liquidador del Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circugito de Sincelejo (folios 12-16).
- Copia de la liquidación aportada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL (folios 17-18).
- Copia autentica de la hoja de servicios del actor (folios 19-20).
- Original de la constancia de la última unidad o sitio geográfico donde prestó sus servicios el demandante (folio 21).
- Copia autentica de la Resolución N° 1084 de junio 5 de 1998, la cual reconoce la asignación de retiro al accionante (folios 22-24).
- Certificación de las asignaciones de retiro recibidas por el actor desde el año de 1997 hasta abril del año 2012 (folio 25).

Con base en las pruebas que se recaudaron se afirma:

- . El demandante solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, el reajuste y pago de su asignación de retiro, de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor I.P.C., desde el año 1998, hasta la fecha de solución del litigio.

-. La entidad demandada mediante el acto acusado negó la solicitud presentada por el accionante.

CONCLUSIONES – TESIS DEL JUZGADO FRENTE A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS.

Revisado el expediente, se tiene que, la asignación de retiro fue reconocida al demandante, mediante Resolución N° 1084 de junio 5 de 1998, encontrándose vigente la Ley 238 de 1995, así mismo el reajuste solicitado bajo las instancias del I.P.C., certificado por el DANE, atendiendo que el actor empezó a gozar de dicha prestación a partir de esa anualidad.

Aclarado lo anterior, se tiene que los pensionados de la Fuerza Pública tienen derecho al reajuste de su Asignación en I.P.C., **pero solamente en el periodo comprendido entre el año 1995 a partir de diciembre 26** (fecha en la cual fue expedida la Ley 238 de 1995), **hasta el 30 de diciembre de 2004** (fecha en la fue expedida la ley 923 de 2004), situación que cobija al actor, de allí la procedencia de nulidad contra el acto administrativo acusado.

PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS RECLAMADOS

Para determinar si sobre los derechos reclamados por el demandante operó total o parcialmente el fenómeno jurídico de la Prescripción es necesario revisar la expedición del Decreto 4433 de diciembre 31 de 2004, cuya vigencia se computa a partir del 1° de enero de 2005 para las obligaciones que se causen desde esa fecha, y el demandante reclama las obligaciones causadas desde el año 1998.

El anterior análisis debe hacerse a la luz de la Ley 153 de 1887, normatividad encargada de resolver los aspectos procedimentales tales como la vigencia de la ley en el tiempo, antinomias y demás problemas de interpretación entre otros. Fue allí donde se dispuso en el artículo 41 lo siguiente:

“Artículo 41. (...) la prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún el tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera...”

Todo lo anterior indica que por el solo hecho de haberse solicitado el 1 de marzo de 2013 (folios 2-3) el reconocimiento, reajuste y pago de los incrementos en IPC a la asignación de retiro, para los años 1998 al 2004, implica reclamos bajo la vigencia del Decreto 1211 de 1990, artículo 174, que en su vigencia estableció un periodo de prescripción de cuatro (4) años, el cual no sufrió modificaciones, sino hasta la expedición del Decreto 4433 de 2004, es decir, cuando aún se encontraban vigentes algunos derechos derivados de la perentoriedad de la Ley 238 de 1995, aquí varias veces citada.

Sobre el particular ha dicho el Consejo de Estado lo siguiente:

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

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

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

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

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

*“Nótese que de la lectura de la norma transcrita, **el Ejecutivo no se refirió a la prescripción de las asignaciones de retiro o pensiones causadas con anterioridad a su vigencia; circunstancia que permite afirmar que la prescripción***

trienal sólo es aplicable a los derechos prestacionales que se causen a partir del año 2004.

“Con el mismo propósito, la Sala precisa que conforme al artículo 41 de la Ley 153 de 1887, “la prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún el tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera...” , regla aplicable al presente asunto, pues para la época en que se expidió el Decreto 4433 de 2004, los ajustes correspondientes al año 2002 en adelante no habían prescrito, en razón de que el actor interrumpió su prescripción el 19 de abril de 2006, con la interposición del derecho de petición ante la Caja demandada”⁹

Siguiendo el anterior argumento de autoridad que interpreta la norma en la cual se apoya esta Agencia Judicial, en el presente caso debe operar la prescripción total de las diferencias de las mesadas reclamadas antes del 1 de marzo de 2009, objetos de demanda, como quiera que la solicitud de reliquidación fue presentada el 1 de marzo de 2013, donde el termino de prescripción de cuatro (04) años, iba hasta el 1 de marzo de 2017, y la presentación de la demanda se hizo el 21 de octubre de 2015, por lo que el termino de prescripción se encontraba interrumpido.

Sobre lo afirmado, es de tenerse en cuenta que si bien la aplicación del IPC se asume para el año 2004, los valores reliquidables tiene incidencia con los valores de los años subsiguientes, de manera cíclica, por lo tanto, *“no puede perderse de vista que el reajuste al que tuvo derecho el actor, durante los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004, en todo caso debe verse reflejado en la base de la asignación de retiro que viene percibiendo, la cual será incrementada a partir del 1 de enero de 2005 con fundamento en el principio de oscilación, previsto en el artículo 42 del decreto 4433 de 2004.”*, sin detrimento del termino prescriptivo antes señalado.

⁹ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”-Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE-Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil nueve (2009)-Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00267-01(2043-08)-Actor: JAIME ALFONSO MORALES BEDOYA-Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-AUTORIDADES NACIONALES.

Conclusión:

En este sentido, estudiado el acuerdo conciliatorio suscrito entre el señor **TORIBIO JOSÉ MORALES LUNA** y la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – “CREMIL”**, en audiencia inicial de fecha 7 de marzo de 2017, este Juzgado procederá a su aprobación como quiera que el mismo se ajusta a los preceptos de orden constitucional y legal, para tal efecto.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: APROBAR el acuerdo conciliatorio, suscrito el 7 de marzo de 2017, entre el señor **TORIBIO JOSÉ MORALES LUNA**, identificado con cedula de ciudadanía N° 4.963.994 y la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – “CREMIL”**, conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta decisión, **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

YONATAN SALCEDO BARRETO
JUEZ