

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO

JUEZA: LUZ ELENA PETRO ESPITIA

CONTINUACIÓN DE AUDIENCIA INICIAL

Al Despacho del Juzgado Quinto Administrativo Oral de Sincelejo, hoy veintitrés (23) de mayo de dos mil trece (2013), siendo las nueve y media de la mañana (09:30 AM), fecha y hora señalada para la continuación de la Audiencia Inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, convocada mediante auto adiado veinticinco (25) de febrero de dos mil trece (2013) y suspendida en audiencia del treinta (30) de abril de la misma anualidad, dentro del proceso Rad.70001.33.33.005.2012.00041.00 promovido por el señor JOSÉ DE JESÚS GALLEGO HERRERA contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, en ejercicio del medio de control Nulidad y Restablecimiento del Derecho. La suscrita Jueza 5° Administrativo SE CONSTITUYÓ EN AUDIENCIA Y PROCEDE A REANUDAR LA MISMA, presidido por ella y el Secretario del despacho. Reanudada la presente audiencia inicial se procede a agotar las siguientes subetapas:

1.- ASISTENCIA

PARTE DEMANDANTE:

Apoderado del demandante: Dr. Álvaro de Jesús Mendoza Pérez, identificado con la C.C. No. 19.109.730 de Bogotá D.C, con T.P No. 84.326 del C.S.J.

PARTE DEMANDADA:

No asistió a la audiencia. Se advierte que posteriormente se dará aplicación al artículo 180 del C.P.A.C.A., con respecto a la inasistencia a la presente audiencia.

MINISTERIO PÚBLICO:

No asistió a la audiencia.

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO:

No se presentó.

TERCEROS INTERVINIENTES:

No hay intervinientes.

2. SANEAMIENTO DEL PROCESO

2.1 - En cumplimiento a lo ordenado en la audiencia inicial llevada a cabo el día 30 de abril de 2013, se ofició a la Coordinadora del Grupo de Gestión Documental de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y al Director de la Armada Nacional, con el objetivo de que dentro del término de diez (10) días, se sirvieran certificar con destino a este proceso, cuál fue la última ciudad o en su defecto la unidad, en la que el señor José de Jesús Gallego Herrera, identificado con la C.C. No. 9.047.643 de Cartagena, prestó sus servicios navales militares. Lo anterior, a fin de determinar la competencia para conocer del asunto



Rama Judicial del Poder Público

en litigio, por razón de territorio, como consta a folio 111 y 112 del expediente. Sin embargo hasta la fecha, los mismos no se pronunciaron al respecto.

Se le da traslado a la parte demandante para que se pronuncie al respecto.

Parte demandante: expresó que le solicitó a la demanda la hoja de vida del demandado y de la anterior se concluye que fue la Armada Nacional del Atlántico la última unidad de servicio donde el demandante prestó sus servicios militares, por tanto considera el presente proceso se debe remitir a esa ciudad.

El despacho se pronuncia al respecto, manifestando:

Conforme lo disponen los artículos 140 y 144 del Código de Procedimiento Civil, aplicables por remisión expresa del artículo 208 del C.P.A.C.A, la falta de competencia vicia de nulidad el proceso judicial, pero, únicamente se torna insubsanable aquella que corresponda a la violación de la competencia funcional, situación que no se hace predicable respecto de la falta de competencia por el factor territorial, pues el segundo artículo en cita prescribe que se considera saneada la nulidad “5° cuando la falta de competencia distinta de la funcional no se haya alegado como excepción previa”.

Por tanto esta dependencia judicial, considerando de que se trata de un vicio saneable del proceso, según lo señala en el numeral 5° del artículo 144 del C. de P.C.; lo cual se ha materializado al contestar la demanda cuando la entidad demandada no lo propuso como excepción previa; y en aras de garantizar el acceso a la administración de justicia y los principios de eficacia, economía y celeridad consagrados en la Ley 1437 de 2011, entenderá saneada la nulidad por falta de competencia territorial, y en consecuencia, el Juez seguirá conociendo del proceso de la referencia.

Notificado en Estrado.

2.2 - De otra parte en esta etapa del proceso se entrara a resolver la petición realizada por la Delegada de la Procuraduría Judicial 103 Administrativo, en la primera parte de la audiencia inicial de fecha 30 de abril de 2013, en la que solicitó la aclaración de si en el proceso de la referencia el acto acusado es producto de la configuración del silencio administrativo, o en su defecto se está frente de un acto claro y expreso.

Se procede a dar traslado a las partes:

Parte demandante: La entidad demandada solo le respondió allegando certificados y documentos, y no le remiten el acto donde responden de fondo la petición elevada ante la misma, por tanto no puede sanear el presente vicio por que no tiene los elementos de juicio para establecer si es un acto claro y expreso o un acto ficto presunto. Por lo que solicita que se tenga como demandado el acto aportado por la entidad demandada con la contestación.

Revisado el expediente de la referencia, el despacho observa que en el libelo introductorio de la demanda, el señor José De Jesús Gallego Herrera, a través de



Rama Judicial del Poder Público

apoderado, manifiesta que elevó derecho de petición de fecha 09 de abril de 2012, radicado con el No. 26464, ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, con el fin de que le reliquidaran y reajustaran la asignación de retiro, dando aplicación al artículo 14 de la Ley 100 de 1993, para calcular el incremento anual de su pensión para los años de 1996 al 2012. Indicando que la entidad demandada al dar respuesta al mismo, mediante el oficio No.24839 de 24 mayo de 2012, no se pronunció sobre el fondo del asunto referido, si no que solo se limitó a remitirle una certificación, hoja de servicio, y la resolución de retiro del demandante. Por lo que considera que la vía gubernativa fue agotada, convirtiéndose tal omisión en un silencio negativo, figura jurídica que sirvió de base, para constituir el acto administrativo ficto que se demanda, y del cual pretende que se declare la nulidad.

La entidad demandada al contestar el presente medio de control, expresó que no existe la figura del silencio administrativo alegado en el escrito de la demanda, toda vez, que el oficio radicado el 9 de abril de 2012, fue debidamente contestado en fecha 14 de mayo ibídem, enviado mediante radicado No. 22506, a la dirección inscrita en el derecho de petición; contestación que a su vez, fue complementada con el envío de certificaciones y fotocopias solicitadas, mediante oficio de radicado No.24839 de 24 de mayo ibídem. De igual forma allegó con ella, respuesta de fecha 14 de mayo de 2012, a la petición antes referida, suscrita por la Subdirectora de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, obrante a folio 83 y reverso del expediente, en la que niega lo solicitado.

No obstante, lo anterior, observa el despacho que si bien es cierto que la entidad demandada emitió una respuesta de fondo al derecho de petición aludido, en el expediente no obra prueba siquiera sumaria que permita corroborar que el acto administrativo contenido en oficio No. 22506 de fecha 14 de mayo de 2012, se le haya notificado a la parte actora en debida forma.

En este orden, se advierte, que el fenómeno procedimental del silencio administrativo se configura al tenor de lo dispuesto en el artículo 40 del C.C.A, cuando transcurridos tres meses luego de elevada una solicitud en interés particular, la Administración no ha notificado decisión alguna al respecto; una de las condiciones o supuestos del silencio administrativo, es la ausencia de notificación de las decisiones, de tal forma da igual que el acto no se expida o que se profiera y no se ponga en conocimiento del interesado, de esa forma la única actuación que impide la configuración del silencio administrativo es la decisión de fondo de la petición y su notificación en su forma legal.

De igual forma, el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 1° de 1984) norma alicable, prescribe que las decisiones que ponen fin a una actuación administrativa deben ser notificadas personalmente al interesado o a su apoderado. Para efectuar la notificación personal, la regla general es que se envíe una citación a la dirección de la persona interesada, documento que debe anexarse al expediente. Pero, si no es posible hacer la notificación personal, pasados cinco días desde el envío de la citación, de conformidad con el artículo 45 del C.C.A. se procederá a notificar el acto administrativo mediante edicto.

Así mismo, el artículo 48 ibídem, al reglamentar la falta o irregularidad de las notificaciones, dispone que "Sin el lleno de los anteriores requisitos- haciendo referencia a



Rama Judicial del Poder Público

los artículos antes citados- no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales”. Es así como las decisiones administrativas no producen efecto legal alguno hasta tanto se encuentren debidamente notificadas.

Al respecto el H. Consejo de Estado, en sentencia de fecha ocho (8) de marzo de dos mil siete (2007), en la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, manifestó lo siguiente:

*“(…).Oportuno resulta precisar que -independientemente de la responsabilidad disciplinaria a que haya lugar- a la configuración del silencio administrativo y, por tanto, del correspondiente acto administrativo ficto o presunto, habrá lugar en todos aquellos eventos en que la Administración no resuelva o no decida el fondo de la petición que le ha sido elevada, lo cual incluye todos aquellos casos en los cuales la respuesta que se brinde a la petición correspondiente resulte puramente formal o de trámite, pero sin adoptar decisión o, lo que es lo mismo, sin resolver de fondo el objeto de la petición, así como los casos en que expedida la decisión la misma no se notifica en la forma y con el lleno de las exigencias legales (artículos 44 y 45 C.C.A.), puesto que la falta de notificación o la irregularidad de la misma impide la generación de efectos legales respecto del acto administrativo proferido en virtud de una petición (artículo 48 C.C.A.), **de tal suerte que su sola expedición -sin notificación en debida forma-, no tiene la virtualidad para interrumpir el término consagrado en la ley como requisito para la configuración del silencio administrativo.**”*

Bajo el anterior tópico y atendiendo lo expuesto, el despacho concluye que en el sub –lite, si bien la entidad demandada produjo un acto administrativo expreso dando respuesta a la petición elevada por el actor, en la medida en que esta no sea notificado en debida forma no produce efecto y por lo tanto no tuvo la virtualidad de interrumpir el termino para que se configurara el acto ficto, por ello este será el acto demandado en el petitum.

Decisión que se notifica en Estrado.

Finalmente, una vez resuelto lo anterior, se considera que no existen más vicios de tipo procedimental y sustancial, y en consecuencia no se hace necesario la adopción de otras medidas de saneamiento. Se advierte a las partes que las nulidades saneables que no se aleguen en esta oportunidad no podrán formularse en las etapas siguientes (Núm. 5º, artículo 180 y 207 del C.P.A.C.A). Decisión que se notifica en estrados. Sin recurso por partes de la parte demandante que integran el proceso de la referencia.

3.- DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS



Rama Judicial del Poder Público

De conformidad a lo establecido en el numeral 6° del artículo 180 del C.P.A.C.A en esta oportunidad procesal solo es procedente resolver las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.

Así, el ente demandado propuso como excepciones de fondo las siguientes: 1. Falta de legitimidad en la causa por pasiva en el tiempo. 2. Falta de unidad jurídica en los actos demandados por la legalidad y vigencia de los decretos de oscilación expedidos por el gobierno nacional. 3. Violación al principio de inescindibilidad de la ley por prohibición de aplicación parcial de régimen general de pensiones (Ley 100 de 1993) al régimen especial de las fuerzas militares. 4. Prescripción del derecho.

Luego de hacer una lectura de las mismas, el despacho observa que la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el ente demandado, si bien fue citada en el libelo contestatorio como de fondo, es de aclarar que esta es de naturaleza mixta al igual que la de prescripción, las cuales por economía procesal son susceptibles de ser tramitadas y decididas como si fueran previas, es decir, en esta etapa procesal.

En igual sentido, el H. Consejo de Estado en sentencia del 22 de noviembre de 2001, Consejera Ponente. María Elena Giraldo Gómez, expediente No. 13356, ha sostenido que: “Constituye postura sólidamente decantada por la jurisprudencia de esta Sala aquella consistente en excluir la figura de la falta de legitimación en la causa de las excepciones de fondo que puedan formularse dentro del proceso, comoquiera que éstas, a diferencia de aquélla, enervan la pretensión procesal en su contenido, pues tienen la potencialidad de extinguir, parcial o totalmente, la súplica elevada por el actor, en tanto que la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado”.

• **Falta de legitimación en la causa por pasiva en el tiempo:** Fundada en que el incremento de las asignaciones de retiro, por mandato legal está en cabeza del Presidente de la República, por tanto, no se puede aceptar que por vía jurisprudencial se adopte incrementos a la escala salarial de los miembros de la fuerza pública, pues es tema de reserva legal, el establecer las pautas básicas y mínimas en relación con las normas, parámetros y criterios a los que debe sujetarse el gobierno nacional, para la fijación del régimen salarial, no solo de los empleados públicos, sino de los miembros de la fuerza pública.

Respecto a la legitimación en la causa, el H. Consejo de Estado en sentencia de 13 de febrero de 1996, exp. 11.213, ha sostenido que “*por el lado activo, es la identidad del demandante con el titular del derecho subjetivo, es decir, con quien tiene vocación jurídica para reclamarlo y, por el lado pasivo, es la identidad del demandado con quien tiene el deber correlativo de satisfacer el derecho*”.

Igualmente, en sentencia de 15 de junio de 2000; Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez; expediente No. 10.171; ha establecido una diferencia entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa. La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de



Rama Judicial del Poder Público

una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda.

Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas.

De ahí que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores.

De otra parte, se ha indicado también que la falta de legitimación en la causa no impide al fallador pronunciarse de fondo sobre el *petitum* de la demanda, comoquiera que la aludida legitimación constituye un elemento de la pretensión y no de la acción, en la medida en que se trata de “una condición propia del derecho sustancial y no una condición procesal, que, cuando no se dirige correctamente contra el demandado, constituye razón suficiente para decidir el proceso adversamente a los intereses del demandante, por no encontrarse demostrada la imputación del daño a la parte demandada”.

Precisado lo anterior, el Despacho analizada la excepción en comentario, observa que el fundamento de ésta no guarda relación con el objeto de la legitimación en la causa, ni mucho menos con la presunta falta de legitimación que se alega, toda vez que el mismo se centra en probar más una inexistencia del derecho que controvertir la conexión existente de la demandada con los hechos que motivaron el litigio.

Adicionalmente, de las pruebas aportadas por las partes tampoco se infiere la necesidad de decretarla de oficio, por cuanto a folios 33 a 34, se avizora que el señor José de Jesús Gallego Herrera –Suboficial Jefe de la Armada Nacional ® le fue reconocida asignación de retiro mediante Resolución No. 01760 de fecha 4 de mayo de 1971, a partir del 16 de mayo de la misma anualidad; en ese orden, es claro para el despacho que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares está legitimada materialmente en la causa por pasiva, por existir un vínculo entre esta y los hechos que motivaron la presentación de la demanda, cual es la negación por parte de la Caja de Retiro de las FFMM, al no contestar la petición de fecha 09 de abril de 2012, radicado con el No. 26464, elevada por la parte demandante, configurándose así el acto ficto o presunto.

En vista de lo anterior, el despacho al no encontrar fundada la excepción propuesta, la negará. Decisión que se notifica en Estrados.

- **Prescripción:** Fundamentada en que si al actor le asistiera algún derecho no podría reconocérsele por cuanto el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, establece la



Rama Judicial del Poder Público

prescripción de las mesadas en tres años, contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles, por lo tanto y en el evento en que no se acojan los planteamientos expuestos, se debe declarar la prescripción del derecho.

Al respecto, el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004¹, regula la prescripción de las mesadas de la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, así:

“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.”

Sin embargo, dicha disposición no derogó la prescripción cuatrienal contenida en el artículo 174 del Decreto 1211 de fecha 8 de junio de 1990, norma ésta que es la aplicable al caso en cuestión, por ser la que estableció el régimen especial y exceptivo que cobija a los empleados de la fuerza pública y específicamente en lo tocante a las prestaciones sociales:

“ARTÍCULO 174. PRESCRIPCIÓN. 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.”

Ante esas connotaciones, en el caso de encontrarse probado la existencia del derecho pretendido, deberá darse aplicación al artículo 174 del Decreto 1211 de 1990 y no al artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, como erradamente lo pretende la demandada, por cuanto al demandante le fue reconocida la asignación de retiro el día 4 de mayo de 1971 según Resolución No.01760, estando en vigencia la referida norma. Con lo anterior, queda claro que la prescripción trienal no será aplicable en el sub lite., cuando se entre a estudiar en materia litigiosa.

Decisión que se notifica en Estrado.

¹ Vigencia: 31 de diciembre de 2004.



Finalmente, de oficio este despacho no halló excepción para declarar. Decisión que se notifica por estrados. Sobre lo anterior, la parte demandante no interpuso recurso contra las decisiones adoptadas.

4.- FIJACIÓN DEL LITIGIO

El despacho en aplicación al artículo 180 de C.P.A.C.A. indaga a las partes sobre que hechos están de acuerdo y demás extremos de la litis.

Traslado a la parte demandante: concretando de manera puntual se ratifica en que se declare la nulidad del acto ficto presunto plurimencionado, y como consecuencia se conceda lo pretendido en el cuerpo de la demanda.

4.1.- Hechos parte actora:

- El demandante obtuvo la asignación de retiro, a través de la Resolución No. 1760 del 4 de mayo de 1971, la cual viene siendo reajustada por medio del principio de oscilación y no con base en el IPC.
- Que la asignación de retiro del actor en los años 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012, fue reajustada en un porcentaje inferior al índice de precios al consumidor del año inmediatamente anterior, desconociendo el principio fundamental del mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones.
- Que un estudio comparativo entre los incrementos realizados a las mesadas de los pensionados de los demás sectores, y el efectuado en la asignación mensual de retiro presenta una diferencia en su contra en los años y porcentajes que a continuación se relacionan:
 - a. En el año 1.997 el 8.24%
 - b. En el año 1999 el 1.79%
 - c. En el año 2001 el 3.61%
 - d. En el año 2002 el 2.73%
 - e. En el año 2003 el 1.38%
 - f. En el año 2004 el 1.42%
- Que el demandante radicó ante la Caja de Retiro de las Fueras Militares, derecho de petición bajo el No. 26464 de fecha 9 de abril de 2012, solicitando la reliquidación, reajuste y pago de la pensión que viene disfrutando al igual que su indexación; sin embargo la entidad demandada al dar respuesta al mismo, mediante el oficio No.24839 de 24 mayo de 2012, no se pronunció sobre el fondo del asunto referido, si no que solo se limitó a remitirle una certificación, hoja de servicio, y la resolución de retiro del demandante. Por lo que considera que la vía gubernativa fue agotada, convirtiéndose tal omisión en un silencio negativo, figura jurídica que sirvió de base, para constituir el acto administrativo ficto que se demanda, y del cual pretende que se declare la nulidad.



4.2.- Pretensiones:

1. Pretende la parte demandante, que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, mediante el cual la entidad demandada negó la petición formulada en el memorial de fecha 9 de abril de 2012, y consecuentemente se disponga lo siguiente:

- a. La reliquidación de la asignación de retiro del actor, donde se pidió aplicar el artículo 14 de la ley 100 de 1.993 para calcular el incremento anual de la asignación de retiro de los años 1996 hasta 2012, norma que dispone el incremento anual en un porcentaje igual al IPC del año inmediatamente anterior.
- b. El reajuste de la asignación de retiro, año por año, desde 1996, con los nuevos valores que arroje la reliquidación solicitada en el literal anterior.
- c. El reconocimiento y pago indexado de los valores correspondientes a la reliquidación solicitada, de los valores pendientes de cancelar desde la fecha en que se hicieron exigibles, hasta la fecha en que se reconozca el derecho precitado.
- d. Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento de su derecho violado, se ordene: La reliquidación y reajuste de la asignación de retiro reconocida por la Caja de Retiro de La Fuerzas Militares del demandante, adicionándole los porcentajes correspondientes al DESFASE, entre el aumento efectuado a la asignación del funcionario retirado y el que se liquidó a los pensionados de los demás sectores, en los años que a continuación se relacionan:
 - Para el año 1.997 : El 8.24%
 - Para el año 1.999 : El 1.79%
 - Para el año 2.001 : El 3.61%
 - Para el año 2.002 : El 2.73%
 - Para el año 2.003 : El 1.38%
 - Para el año 2.004 : El 1.42%
- e. Ordenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares el reconocimiento y pago efectivo al demandante de los dineros que resulten de aplicar los porcentajes solicitados en el punto anterior.
- f. Se disponga el pago indexado de los dineros dejados de pagar por los anteriores conceptos, a partir del año 1996 hasta la fecha en que sea reconocido el derecho.
- g. Ordenar el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes precitados en los numerales anteriores a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia.



Rama Judicial del Poder Público

- h. Se Ordene a la entidad demandada el pago de gastos y costas procesales, así como las agencias en derecho.
- i. Ordenar a la entidad demandada el cumplimiento a la sentencia que ponga fin a la presente medio de control en la forma y término señalados en el capítulo 6º artículos 187 y sucesivos del C.P.A.C.A.

4.2. – Hechos y pretensiones de la demandada: En su contestación la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se opone a la totalidad de los hechos y pretensiones expuestas por el demandante.

La señora jueza, luego de indagar a las partes sobre los hechos de la demanda y demás extremos, considera que el litigio se centrará en determinar si el señor José De Jesús Gallego Herrera, le asiste el derecho al incremento anual de la asignación de retiro de acuerdo a los preceptos del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir aplicando el índice de precios al consumidor – IPC-. Decisión que se notifica en Estrados.

5. CONCILIACIÓN

Por centrarse la discusión en derechos ciertos e indiscutibles donde no es requisito de procedibilidad la conciliación extrajudicial, considera el Despacho que no hay lugar a solicitarle al extremo pasivo que manifieste si hay alguna fórmula de acuerdo. Aunado al hecho que el mismo no asistió a la audiencia. Decisión que se notifica en estrados.

6. MEDIDAS CAUTELARES

En el presente asunto atendiendo a que las partes no solicitaron el decreto de medidas cautelares, el despacho obviará dicha etapa. Decisión que se notifica en Estrados.

7. DECRETO DE PRUEBAS

El despacho tendrá como pruebas las aportadas con la demanda y su contestación. Ahora, teniendo en cuenta que las partes no solicitaron la práctica de pruebas, se prescindirá de la etapa probatoria de conformidad con lo dispuesto en el Art. 179 del C.P.A.C.A., ya que la controversia gira en torno a la aplicación de la Ley 238 de 1995, art. 1º y la Ley 100 de 1993, art. 14 y 279 en su parágrafo 4º, lo que constituye un asunto de puro derecho. Decisión que se notifica en estrados.

8. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Se corrió traslado de alegatos a la parte demandante.

Parte demandante: Ratifico lo expuesto en el cuerpo de la demanda y en el escrito de traslado de las excepciones indicadas por la parte demandada en la contestación, y solicita que se aplique el artículo 188 del CPACA, y se condene el costa a la demandada, y que las copias autenticas le sean entregada sin necesidad de auto.



A continuación, con fundamento en los artículos 179 y 187 del CPACA, el Despacho procederá a dictar sentencia.

9. SENTENCIA:

8.1. BREVE RESUMEN DE LA DEMANDA:

La parte actora depreca la nulidad del acto ficto presunto, resultado del silencio negativo, por la no contestación de la petición de fecha 9 de abril de 2012, mediante el cual se negó la solicitud de reliquidación de la asignación de retiro correspondiente a los años 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 Y 2012.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento, solicita la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro, reconocida por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES-CREMIL, adicionándole los porcentajes correspondientes al desfase entre el aumento efectuado a la asignación del funcionario retirado y el que se liquidó a los pensionados de los demás sectores, en los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

Ordenar a la entidad demandada el cumplimiento a la sentencia que ponga fin a la presente procesos en la forma y término señalados en el capítulo 6º artículos 187 y sucesivos del CPACA, (Ley 1437 de 2011).

Normas Violadas y Concepto de la Violación: Señaló como normas violadas los artículos 2º, 4º, 13º, 46º, 48º y 53º igualmente desconoció la Ley 238 de 1995 en su artículo 1º; la Ley 100 de 1993 en los artículos 14 y 279 en su parágrafo 4º y la Ley (sic) de 1992 en su artículo 2º literal a).

Se refiere a la *excepción de inconstitucionalidad por primacía de la norma constitucional frente a la legal*, considerando que al negar a la actora los reajustes solicitados la entidad demandada desconoce la supremacía constitucional y viola postulados como el preámbulo de nuestra constitución, el artículo 4º de la misma, el Decreto Ley 1212 de 1990 norma que garantiza a los pensionados el mantenimiento del poder adquisitivo de sus mesadas. Estima que el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones es de orden superior y de aplicación preferencial ante cualquier norma legal que le sea contraria encontrándose por consiguiente, que el principio de oscilación que se le está aplicando a el demandante sería válido y constitucional, en la medida que los porcentajes de aumentos anuales, sean iguales o superiores al IPC del año anterior, certificado por el DANE; en caso de ser inferiores, como en este caso, el principio de oscilación es abiertamente contrario al mandato constitucional y no debe ser aplicado.



Rama Judicial del Poder Público

Se pronuncia frente a la *violación del derecho a la igualdad*, al *adulto mayor*, principio de *favorabilidad laboral* o *in dubio pro operario*, Formula el cargo de *Falsa Motivación*, Finalmente transcribe apartes de la sentencia 432 del 06 de mayo de 2004, con ponencia del Dr. ESCOBAR GIL, que unifica criterios en torno a la legislación aplicable a las pensiones y asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, precisando que respecto de pensiones se debe hacer a través de ley marco y no mediante Decreto.

Hechos y pretensiones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares: En su contestación la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se opuso a la totalidad de los hechos y pretensiones expuestas por el demandante, por cuanto a las asignaciones de retiro se le aplica únicamente el principio de oscilación conforme lo dispone el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 y el Decreto 4433 de 2004. Adicionalmente expresa que existe prohibición de acogerse a otros regímenes, porque de lo contrario, si fueran adoptados mecanismos formulas o sistemas de liquidación diferentes, se aplicaría un sistema prestacional distinto y sin fundamento legal, al establecido en el régimen especial de la fuerza pública.

III. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

- **Problema Jurídico:** Se contrae en determinar si el demandante tiene derecho a que su asignación mensual de retiro sea reajustada conforme al IPC, en aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, a pesar de que la fuerza pública tiene un régimen especial que establece la aplicación del principio de oscilación para su aumento.

Para resolver el anterior planteamiento, se estudiarán los siguientes aspectos: I) La asignación de retiro para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, II) El reajuste de la asignación mensual de retiro teniendo como base el I.P.C. y III) El caso concreto.

I) La asignación de retiro para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.- La asignación de retiro para oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, está determinada en el Decreto 1211 de 1990, que establece el personal cobijado y la forma de actualización, al efecto el art. 163 del mismo dispone:

“ARTÍCULO 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 sicofísica, 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%) del monto de las partidas de



Rama Judicial del Poder Público

que trata el artículo 158 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto.

PARAGRAFO 1o. La asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales que durante la vigencia de este estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, ser equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el artículo 158, liquidadas en la forma prevista en este mismo Decreto.

PARAGRAFO 2o. Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) o más años de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación.”

A su vez el art. 169 de ese mismo decreto consagra:

“ARTÍCULO 169. OSCILACION DE ASIGNACION DE RETIRO Y PENSION.

Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 de este Decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal.

Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

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

Por su parte, la Corte Constitucional ha considerado que las asignaciones de retiro, por su naturaleza ostentan la calidad de pensiones de vejez o jubilación para los miembros de la fuerza pública:

“12. Siguiendo esta línea de argumentación, la Corte se encuentra ante un nuevo interrogante, a saber: ¿Qué naturaleza jurídica tiene la “asignación de retiro” prevista en los artículos demandados del Decreto 2070 de 2003?

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 pública². En idéntico sentido, se reitera la naturaleza prestacional de dicha asignación, en los artículos 101 y subsiguientes del Decreto 3071 de 1968.

*Por otra parte, la doctrina vigente 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 tiempo³. 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.

El mecanismo legal para mantener el poder adquisitivo de las mismas, se expresa en dicha normatividad en el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990, que establece el mecanismo denominado oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones, que consiste en liquidarlas conforme a las variaciones que se presentan con el personal activo, las cuales no pueden ser inferiores al salario mínimo mensual legal vigente con la salvedad que los 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 expresamente.

II) El reajuste de la asignación mensual de retiro teniendo como base el I.P.C.-

El Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha realizado un análisis referente al incremento de la asignación de retiro, coligiendo que ésta debe ser reajustada de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor o de acuerdo con el principio de oscilación propio del personal en retiro de la fuerza pública; para ello, se hará una transcripción *in extenso* del pronunciamiento al respecto de esa Corporación de cierre, como quiera que se trata de caso idéntico al que hoy nos ocupa, veamos:

² Dispone el citado decreto: **"TITULO QUINTO. De las prestaciones en actividad, retiro, por separación, por incapacidad e invalidez, por muerte, por desaparición y cautiverio.** (...) Artículo 112. Los Oficiales y Suboficiales de las fuerzas militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años por voluntad del Gobierno o de los comandos de fuerza, según el caso, por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, por incapacidad relativa y permanente, por incapacidad profesional o por conducta deficiente, o a solicitud propia después de los veinte (20) años, tendrán derecho a participar 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 a (...)"

³ Al respecto, el artículo 128 de la Constitución establece que: "Nadie podrá (...) recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, (...), salvo los casos expresamente determinados por la ley (...)".



Rama Judicial del Poder Público

[...] Ahora bien, respecto del reajuste de la asignación de retiro se realizarán las siguientes precisiones:

El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó, entre otros, a los ex servidores de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional del reajuste de sus pensiones como disponía el artículo 14 *ibídem*, esto es, teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, y en consecuencia, el reajuste pensional debía hacerse como lo disponía el Decreto 1211 del 8 de junio de 1990, es decir mediante la oscilación de las asignaciones del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

A pesar de lo anterior, la Ley 238 de 1995, adicionó el artículo de la ley 100 de 1993 de la siguiente manera:

Parágrafo 4º.- 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.

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

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

Y es por ello que CREMIL – sostiene en el acto acusado – que no puede hacer aumentos superiores a los estipulados, pues desbordaría los límites señalados por el legislador, además de que al hacerlo se violaría el derecho a la igualdad, pues se provocaría una descompensación injusta e ilegal en contra del personal activo.

Ahora, en relación con el tema objeto de la controversia, esta Corporación se pronunció en sentencia de 17 de mayo de 2007, proferida por la Sala de lo Contencioso administrativo de la Sección Segunda, Magistrado Ponente Dr. Jaime Moreno García, en el expediente 8464-05 Actor: José Jaime Tirado, en donde se dijo:

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



Rama Judicial del Poder Público

Ley, que en ningún caso puede ser nula, sino inexecutable, lo cual es bien diferente.

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

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

Ahora bien, la Sala solo podría dejar de aplicar una ley ordinaria posterior, especial y más favorable, según se verá 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 resultan de la aplicación del artículo 14 de la ley 100 de 1993, se evidencia que la aplicación de este sistema de reajuste resulta ser cuantitativamente superior.

(...)

Lo anterior determina, además, que frente a los alegatos del acto acusado que enfrenta el sistema de reajustes de la oscilación de las asignaciones en actividad, que según la Caja demandada deben prevalecer sobre el del artículo 14 de la ley 100, el artículo 53 de la Constitución Política ordena darle preferencia a la norma 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.

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

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

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



Rama Judicial del Poder Público

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

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

De lo anteriormente transcrito, es claro para la Sala que es más favorable para el actor el reajuste de su asignación con fundamento en el índice de Precios al Consumidor como lo establece la Ley 100 de 1993, por lo que así habrá de decidirse...”⁴

De lo anterior, se logra extraer que al momento de entrar en vigencia la Ley 238 de 1995, los pensionados excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993, tienen derecho al reajuste de su asignación de retiro teniendo en cuenta la variación porcentual del índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, en la forma dispuesta por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Posición que ha sido reiterada por el H. Consejo de Estado⁵, quien acoge la aplicación de la Ley 238 de 1995, y el principio de favorabilidad laboral, teniendo en cuenta además lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-941 de 2003 que reconoció dicha normatividad como la regulación expresa a la que se refiere lo dispuesto en el art 151⁶ del Decreto 1212 de 1990, y luego el art. 169 del Decreto 1211 de 1990, y por tanto la aplicable al reajuste de pensiones del personal oficial y suboficial. En síntesis se asume la aplicación del IPC al reajuste de pensiones con la limitación temporal impuesta por el Decreto 4433 de 2004 y adoptada en la sentencia de 17 de mayo de 2007 citada anteriormente, de ésta forma:

(...)

“Se concluye entonces que la Ley 238 de 1995 es la norma expresa que exigen los Decretos 1211 y 1212 de 1990 para aplicar, en materia de reajuste pensional, el mecanismo adoptado por la Ley 100 de 1993 y no el de oscilación consagrado en estas normas.

...

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, M.P Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Bogotá, D.C., 4 de septiembre de 2008, Rad. No. 2500 23 25 000 2006 00443 01(0168-08), actor: Manuel Enrique Salcedo Álvarez, demandado: Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares.

⁵ Sent. de fecha dieciséis (16) de abril de dos mil nueve (2009). Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00476-01(2048-08). Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

⁶ Dice un aparte del art. “...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”.



Rama Judicial del Poder Público

Sin embargo, en la precitada sentencia de 17 de mayo de 2007, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, se determinó como límite al derecho de reajuste, con base en el Índice de Precios al Consumidor, de las asignaciones de retiro y pensiones sujetas al régimen especial de la Fuerza Pública, la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, el cual, en su artículo 42, estableció nuevamente el principio de oscilación para efectos de actualizar las referidas prestaciones, por lo que así habrá de decidirse”.

De lo expuesto, se colige que el aumento del IPC sólo resulta aplicable hasta el año 2004, toda vez 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 art. 3º de la Ley 923 de 2004, el cual fue reglamentado por el art. 42 del Decreto 4433 del mismo año.

III). El caso concreto.

En el asunto, solicita el demandante la declaratoria de nulidad del acto administrativo ficto o presunto, resultado de la configuración del silencio administrativo negativo, por la no contestación a la petición formulada en el memorial de fecha 9 de abril de 2012, por medio del cual le solicitó a la entidad demandada la reliquidación de la asignación de retiro correspondiente a los años 1996 a 2012 con porcentaje igual al IPC.

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, se encuentra acreditado que: 1) El señor JOSÉ DE JESÚS GALLEGO HERRERA, le fue reconocida asignación de retiro mediante Resolución No. 01760 de fecha 4 de mayo de 1971. 2) Mediante petición radicada No. 26464 de data 9 de abril de 2012, solicitó ante la Caja de Retiro de las FFMM la reliquidación y reajuste de su asignación de retiro, dando aplicación al artículo 14 de la Ley 100 de 1993, para calcular el incremento anual de su pensión para los años 1996 a 2012. Y 3) La entidad no dio respuesta, por lo que se configuró el acto ficto presunto producto del silencio negativo, respecto de la petición 9 de abril de 2012.

Por lo anterior, resulta claro concluir que para la fecha en que el actor adquirió el derecho a gozar de la asignación de retiro, esto es 4 de mayo de 1971, existían normas posteriores más favorables para su reajuste (artículo 14 de la Ley 100 de 1993), las cuales creaban un beneficio a este y que no podía ser desconocido aún por las normas anteriores, criterio reiterado por el H. Consejo de Estado y acogido por este Despacho tal como se dejó planteado en la parte considerativa de esta providencia. Ante esas circunstancias se declarará no probada la excepción de falta de unidad jurídica en los actos demandados por la legalidad y vigencia de los decretos de oscilación por el Gobierno Nacional y la de violación al principio de inescindibilidad de la ley propuesto por la demandada, por cuanto no se encuentran motivos suficientes en el expediente que indiquen que deba inaplicarse tal disposición por la entidad demandada, ya que la misma no ha sido declarada inexecutable; esto aunado a que la Ley 238 de 1995, tal como se dijo ut supra, además de ser una disposición especial y posterior es más favorable al trabajador, lo que hace con mayor razón inviable su inaplicación, como lo pretende la entidad accionada.



Ahora, como quiera que el demandante radicó su petición en ese sentido el día 9 de abril de 2012 ante la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, deberá darse aplicación al artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, que establece la prescripción cuatrienal, de esta forma:

“ARTÍCULO 174. PRESCRIPCIÓN. 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”.

En ese orden, si bien a la parte accionante le asiste la razón respecto del reajuste, reliquidación y cómputo de su asignación de retiro de acuerdo al I.P.C. del año inmediatamente anterior a su retiro, en aplicación de la Ley 238 de 1995, no lo es menos que dichas pretensiones sólo tendrán efectos fiscales a partir del 9 de abril de 2008, por aplicación de la prescripción cuatrienal del derecho, pues la solicitud de reajuste fue presentada el día 9 de abril de 2012, tal como se indicó ut supra.

No obstante, como quiera que el ajuste de las asignaciones de retiro con base en el Índice de Precios al Consumidor debe hacerse hasta el 31 de diciembre de 2004, teniendo en cuenta que el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 que consagró el sistema de oscilación fue retomado por el legislador mediante Ley 923 de 2004, reglamentada a su vez por el Decreto 4433 del mismo año, artículo 42, manteniendo vigente este sistema de reajuste, se le negará el reconocimiento y pago de la diferencia en el reajuste anual de su asignación de retiro, por cuanto en los años posteriores a la entrada en vigencia se debe dar aplicación al principio de oscilación, el cual ha guardado relación con el IPC para los años subsiguientes.

Para mayor ilustración se hace una tabla comparativa desde el año 1996 a 2012 de la diferencia porcentual entre la oscilación y el IPC de la asignación de retiro, para la cual se tomarán los certificados allegados por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y el memorial de los cálculos salariales aportado con la demanda, obrantes a folios 17, 25 – 26 y 74-75 del expediente.

DIFERENCIA PORCENTUAL			
AÑO	OSCILACIÓN		IPC
	DECRETO No.	%	%
1996	107 (15 de enero)	29.12%	-----
1997	122 (16 de enero)	21.38%	21.63%
1998	058 (10 de enero)	19.84%	17.68%
1999	062 (8 de enero)	14,91%	16,70%
2000	2724 (27 de diciembre)	9,23%	9,23%



Rama Judicial del Poder Público

2001	2737 (17 de diciembre)	4,18%	8,75%
2002	745 (17 de abril)	4,85%	7,65%
2003	3552 (10 de diciembre)	4,87%	6,99%
2004	4158 (10 de diciembre)	4,68%	6,49%
2005	923 (30 de marzo)	5,50%	5,50%
2006	407 (08 de febrero)	5,00%	4,85%
2007	1515 (5 de mayo)	4,50%	4,48%
2008	673 (4 de marzo)	5,69%	5,69%
2009	737 (6 de marzo)	7,67%	7,67%
2010	1530 (3 de mayo)	2,00%	2,00%
2011	1050 (3 de abril)	3,17%	3,17%
2012	842 (25 de abril)	3,73%	3,73%

Por lo anteriormente expuesto y acogiendo el criterio fijado por la sección segunda, "Subsección A" del H. Consejo de Estado en providencia más reciente⁷, se precisa que a pesar de haber operado el fenómeno de la prescripción respecto a las mesadas pensionales anteriores al 9 de abril de 2008, atendiendo que el actor tenía derecho a la aplicación del IPC, en los años 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, por ser más favorable que el principio de oscilación que se le aplicó, la entidad debe efectuar la liquidación por dichos años, aplicando el IPC vigente para tales fechas y sobre esas sumas aplicará los porcentajes anuales correspondientes. Lo anterior, por cuanto si bien dichas diferencias no pueden ser canceladas al actor por encontrarse prescritas, sí deben ser utilizadas como base para la liquidación de las mesadas anteriores.

COSTAS.-

Atendiendo lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 392 del CPC, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, el Despacho se abstiene de condenar en costas a las partes, por haber prosperado parcialmente las súplicas de la demanda y no haber existido conducta dilatoria por las partes.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO.- Declárense no probadas las excepciones la de falta de unidad jurídica en los actos demandados por la legalidad y vigencia de los decretos de oscilación expedidos por el Gobierno Nacional, falta de legitimación en la causa por pasiva, y la de violación al principio de inescindibilidad de la ley, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

⁷Sentencia de fecha dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-25-000-2006-07265-01(1638-08). M.P: ALFONSO VARGAS RINCON



SEGUNDO: Declárese probadas la excepción de prescripción del derecho de conformidad con la motivación.

TERCERO: Declárese la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, resultado de la configuración del silencio administrativo negativo, por la no contestación a la petición formulada en el memorial de fecha 9 de abril de 2012, promovida por el señor José De Jesús Gallego Herrera, identificado con la C.C. No. 9.047.643 de Cartagena - Bolívar, a través de apoderado judicial.

CUARTO.- A título de restablecimiento del derecho, condénese a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reliquidar las mesadas pensionales del actor desde el año 1996 al año 2004 de acuerdo al IPC establecido para cada año, a fin de que la diferencia que arrojen sean utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO.- Niéguese el reconocimiento y pago de la diferencia en el reajuste anual de su asignación de retiro del demandante, teniendo en cuenta el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, por aplicarse sobre estas la prescripción cuatrienal contenida en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

SEXTO: Se ordenará dar cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

SEPTIMO.- Sin costas en esta instancia judicial.

OCTAVO.- Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

NOVENO: En firme este fallo, devuélvase al demandante el excedente si lo hubiere de las sumas consignadas para gastos del proceso, efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

DECIMO: Se notifica la presente decisión en Estrados.

Se le da la palabra a las parte demandante:

No se interponen recursos contra la anterior providencia.

La parte demandante solicita la aclaración de la sentencia en el sentido del porque en el presente proceso no se condenó en costas a la parte vencida, teniendo en cuenta el artículo 392 del CPC.

El despacho se pronuncia: Hay condena en consta según la Jurisprudencia Constitucional, cuando las partes al actuar en el proceso judicial utilizan actividades dilatorias, haciendo ostentoso el acceso a la administración de justicia, revisado el expediente solo se observó que la entidad demandada actuó en la contestación de la



Rama Judicial del Poder Público

demanda y en la presentación de las excepciones, actitud esta no encontrada como dilatoria, manteniéndose así la posición del despacho con respecto a este punto.

Parte demandante: Acepta lo manifestado por la titular del despacho.

Así las cosas, se da por terminada la presente audiencia siendo las 11:30 a.m y se deja constancia de la grabación del audio y video. Se firma por los que en ella intervinieron.

LUZ ELENA PETRO ESPITIA

Jueza.

ÁLVARO DE JESÚS MENDOZA PÉREZ

Apdo. del demandante.

CAMILO MAHECHA NARANJO

Secretario.