



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO

JUEZA: DRA. LUZ ELENA PETRO ESPITIA

AUDIENCIA INICIAL

Al Despacho del Juzgado Quinto Administrativo Oral de Sincelejo, hoy seis (06) de agosto de dos mil trece (2013), siendo las diez de la mañana (10:00 AM), fecha y hora señaladas para la celebración de la Audiencia Inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, convocada mediante auto adiado diecisiete (17) de julio del año en curso, dentro del proceso Rad.70001.33.33.005.2013.00031.00 promovido por José Casado Silva contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en ejercicio del medio de control Nulidad y Restablecimiento del Derecho, mediante el cual se pretende “la nulidad del Oficio No. 20584 del 12 de junio de 2007, por medio de la cual se negó el reajuste de la asignación de retiro desde el año 1996, con base en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y 238 de 1995”. La suscrita Jueza 5° Administrativo SE CONSTITUYÓ EN AUDIENCIA Y DECLARÓ ABIERTO EL ACTO presidido por ella y en compañía por la Profesional Universitario. Dando inicio a la presente audiencia se procede a agotar las siguientes subetapas:

1.- ASISTENCIA

PARTE DEMANDANTE:

Apoderada sustituta de la parte demandante: Dra. Yohana Patricia Zapata Mercado, identificada con la CC. No. 22.651.050 de Soledad, (Atlántico), con T.P No. 16899 del C.S.J, quien allegó memorial contentivo de sustitución de poder, por lo cual el despacho procedió a reconocerle personería judicial en los términos del poder conferido. Decisión que fue notificada en Estrados sin recursos interpuestos por las partes.

PARTE DEMANDADA:



Rama Judicial del Poder Público

Para los efectos previstos en el numeral 2°, e incisos 3° y 4° del Artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, se deja la constancia que el apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares no se hizo presente. Decisión fue notificada en Estrados, sin recursos interpuestos por las partes.

MINISTERIO PÚBLICO:

No se hizo presente.

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO:

No se presentó

TERCEROS INTERVINIENTES:

No hay intervinientes.

2. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Se le concedió el uso de la palabra a la parte asistente, quien manifestó que no visualizaba ningún vicio que invalide lo actuado. El despacho, revisado con detalle la totalidad del expediente, consideró que no existen vicios de tipo procedimental y sustancial, en consecuencia no se hizo necesario la adopción de medidas de saneamiento. Se advirtió a las partes que las nulidades saneables que no se aleguen en esta oportunidad no podrán formularse en las etapas siguientes (Num 5°, artículo 180 y 207 del C.P.A.C.A). Decisión que fue notificada en Estrados, sin recursos interpuestos por las partes.

3.- DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS

De conformidad a lo establecido en el numeral 6° de l 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 unidad jurídica en los actos administrativos demandados por legalidad y vigencia de los Decretos de oscilación expedidos por el Gobierno Nacional; **2)** Prohibición de aplicación parcial de régimen general de pensiones (Ley 100 de 1993) al régimen especial de las Fuerzas Militares; y **3)** Prescripción del derecho en las diferencias en algunos años según las mesadas.

De las excepciones propuestas se considera que las referidas en los numerales 1° y 2° son de fondo, por tanto serán resueltas al momento de proferir decisión de fondo; mientras que la indicada en el numeral 3°, Prescripción, se considera que es de naturaleza mixta, la cual por economía procesal es susceptible de ser tramitada y decidida como si fuera previa, es decir, en esta etapa procesa, por lo cual se procedió a referirse sobre la excepción en comento.

Excepción de Prescripción en las diferencias en algunos años según las

mesadas: Indicó el excepcionante que si en gracia de discusión se llegara a determinar que al actor le asiste algún derecho a las pretensiones de la demanda, no debe procederse a su reconocimiento por cuanto el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 establece la 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 argumentos de defensa de la entidad demandada, debe declararse la prescripción del derecho.

Para resolver la anterior excepción se tiene que el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, norma vigente desde el 31 de diciembre de 2004, 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.



Rama Judicial del Poder Público

El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual”¹

Sin embargo, dicha disposición no derogó la prescripción cuatrienal contenida en el artículo 174 del Decreto 1211 de fecha 8 de junio de 1990², norma ésta que es la aplicable al caso en cuestión, por ser la vigente cuando el demandante adquirió el estatus de retirado y por cuanto fue 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 evento de encontrarse probada 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 erróneamente lo plantea la entidad demandada, ello en razón a que al actor le fue reconocida la asignación de retiro el día 04 de diciembre de 1990 según Resolución No. 2377, estando en vigencia la referida norma. Con lo anterior, queda claro que llegado el caso, la normatividad a aplicar no será la Prescripción Trienal sino la Cuatrienal como es lo correcto. (Decisión que fue notificada en Estrados, sin recursos interpuestos por las partes)

¹ *Vigencia y derogatorias.* El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga las demás disposiciones que le sean contrarias y, en especial, los artículos 193 del Decreto-ley 1211 de 1990, 167 del Decreto-ley 1212 de 1990, 125 del Decreto 1213 de 1990, Ley 103 de 1912, y los artículos 39 y 40 del Decreto-ley 1793 de 2000.

² **ARTÍCULO 2o. AMBITO DEL ESTATUTO.** Por medio de este estatuto se regula la carrera profesional de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y sus prestaciones sociales.

ARTÍCULO 5o. JERARQUIA. La jerarquía y equivalencia de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares para efectos de mando, régimen interno, régimen disciplinario y justicia penal militar, lo mismo que para todas las obligaciones y derechos consagrados en este Estatuto, comprende los siguientes grados en escala descendente:

(...)

II. SUBOFICIALES

EJERCITO

Sargento Mayor, **Sargento Primero**, Sargento Viceprimero, Sargento Segundo, Cabo Primero, Cabo Segundo.

(Resaltado por el Despacho)



Finalmente, de oficio este despacho no halló excepción para declarar. (Decisión que fue notificada en Estrados sin recursos interpuestos por las partes.)

4.- FIJACIÓN DEL LITIGIO

El despacho procedió a indagar a la parte demandante (asistente) a fin de que indicara los hechos en los cuales presentaba acuerdo, y de los demás extremos de la litis, frente a lo cual ésta manifestó que se ratificaba en lo planteado en la demanda.

Escuchadas la anterior intervención, y como quiera que la apoderada de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares no indicó si los hechos planteados en la demanda son ciertos o no, sino que se limitó a oponerse a todos y cada uno de ellos por considerar que se estaba pretendiendo una confesión de lo que es materia de la litis; el despacho procedió a tener como hechos los expresados en la demanda los cuales se resumen a continuación, con la salvedad que solo se tendrán por ciertos aquellos que resulten probados en el proceso.

- Que el señor JOSÉ CASADO SILVA percibe asignación de retiro o pensión según en el acto demandando anexado como prueba al expediente.
- Que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, dispone que los incrementos pensionales anuales de realizarán con base en los porcentajes del índice de precios al consumidor del año inmediatamente anterior; pero el artículo 279 ibídem excluyó al personal de la Fuerza Pública de la aplicación de esta normatividad.
- Que el artículo 1° de la Ley 238 de diciembre de 1995 adicionó el artículo 279 de la ley 100 de 1993, quedando de la siguiente manera: 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.
- Que con posterioridad a la promulgación de la anterior ley hasta la fecha, el Gobierno Nacional y la entidad demandada han venido realizándole al actor los incrementos pensionales anuales en porcentajes caprichosos sin tener en cuenta los porcentajes del IPC como lo ordena a ley.



Rama Judicial del Poder Público

- Que esperanzado en el cumplimiento normativo dentro de un Estado Social de Derecho, el actor señor José Casado Silva, solicitó a la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares el reconocimiento y pago de los derechos derivados de la ley 238 de 1995, ante lo cual se profirió acto administrativo mediante el cual se negó la petición elevada y se dejó manifestada la confesión en cuanto al incumplimiento de las leyes 100/1993 y 238/93, y demás preceptos Constitucionales y Legales sobre la protección y aplicación del principio de favorabilidad del sistema prestacional a los trabajadores, (Art 53 CN).

Además de los anteriores hechos expuestos, el despacho dispuso tener por pretensiones las señaladas por la parte actora contenidas a folio 20 del expediente.

Así, habiendo precisado los hechos y pretensiones, se consideró que el litigio se orientará en determinar si el demandante señor **José Casado Silva** le asiste el derecho al incremento anual de la asignación de retiro de acuerdo a los preceptos consagrados del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es decir aplicando el índice de precios al consumidor – IPC-. (Decisión que fue notificada en Estrados, sin recursos interpuestos por la partes.)

5. CONCILIACIÓN

El despacho no obstante a que la parte demandante no se hizo presente le concedió el uso de la palabra a la parte demandante, quien indicó que no le asistía el ánimo conciliatorio por considerar que el presente asunto no es susceptible de ser conciliado. Retomando el uso de la palabra, el despacho hizo la precisión que de asistirle a las partes ánimo conciliatorio era posible intentar la conciliación en esta vía judicial. Sin embargo, ante la circunstancia planteada se declaró fallida la presente subetapa. (Decisión que fue notificada en Estrados, sin recurso interpuestos por las partes.)

6. MEDIDAS CAUTELARES



En el presente asunto atendiendo a que las partes no solicitaron el decreto de medidas cautelares, el despacho obvió dicha etapa. Decisión que fue notificada en Estrados, sin recursos interpuestos por las partes.

7. DECRETO DE PRUEBAS

El despacho dispuso tener como pruebas las aportadas con la demanda y su contestación; y dado que las partes no solicitaron la práctica otras distintas, se prescindió de la etapa probatoria de conformidad con lo dispuesto en el Art. 179 del CPACA, ya que la controversia gira en torno a la aplicación de la Ley 238 de 1995, art. 1° y la Ley 100 de 1993, art. 14 y 279 en su parágrafo 4° lo cual constituye un asunto de puro derecho, haciendo posible que en la audiencia inicial se corra traslado de alegatos y en consecuencia se dicte sentencia. Decisión que fue notificada en Estrados, sin recursos interpuestos por las partes.

8. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

El despacho procedió a correr traslado de conclusión, respecto a lo cual la parte demandante, se pronunció sucintamente de la siguiente manera:

Parte demandante: Indicó que las pretensiones están basadas en la Jurisprudencia del Consejo de Estado, de la cual hizo cita. Igualmente, reiteró todos los argumentos planteados en la demanda. (Ver video).

9. SENTENCIA:

Escuchados los anteriores alegatos, el despacho con fundamento en los artículos 179 y 187 del CPACA, procedió a proferir decisión de fondo así:

9.1 LA DEMANDA:

La parte actora depreca la nulidad del oficio No. 20584 del 12 de junio de 2007, mediante el cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó la solicitud de



Rama Judicial del Poder Público

reajuste de la asignación de retiro con aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento, solicita se condene a la entidad demandada a: 1. Que a partir del 1° de enero de 1997 se reconozca, reajuste y reliquide la asignación de retiro; 2. Que pague los excedentes porcentuales resultantes de las diferencias entre el monto de los incrementos anuales hechos en la asignación de retiro con base en el principio de oscilación y el porcentaje del IPC; 3. Que cada porcentaje diferencial se tenga en cuenta para el reajuste pensional en cada año reclamado; 4. Que el déficit resultante en cada vigencia se acumule año tras año a fin de establecer el monto porcentual que debe incrementarse en la asignación de retiro del actor.

Respecto a las normas violadas y concepto de la violación señaló como infringidos los artículos 1°, 25, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución política, igualmente la Ley 100 de 1993 artículos 14 y 279, y la Ley 238 de 1995.

Sostuvo que la entidad demandada violó las normas Constitucionales al desconocer prestaciones sociales derivadas de vínculos laborales las cuales está obligada a cumplir, por tanto al infringirlas desconoció y violentó el Estado Social de derecho. También indicó que no se tuvo en cuenta lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, extendida por el legislador a la Fuerza Pública mediante Ley 238 de 1995, encontrándose así la Caja de Retiro en la obligación de realizar de oficio el reajuste anual en los porcentajes del IPC cuando éste sea superior al determinado por el gobierno.

Finalmente expresó que al demandante debe aplicarse el régimen especial el cual debe prevalecer sobre disposiciones de carácter general.

9.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

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



Rama Judicial del Poder Público

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.

9.3 CONSIDERACIONES DEL JUZGADO:

A.- PROBLEMA JURÍDICO: Se contrae en determinar si el demandante tiene derecho 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 contenida en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, que establece el personal cobijado y la forma de actualización. A su vez el art. 169 de ese mismo decreto consagra la oscilación de la asignación de retiro y pensión, 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.

Por otra parte, la Corte Constitucional en sentencia C-432 de 2004 consideró que las asignaciones de retiro, por su naturaleza ostentan la calidad de pensiones de vejez o jubilación para los miembros de la fuerza pública.



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

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, M.P Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en sentencia del 4 de septiembre de 2008, Rad. No. 2500 23 25 000 2006 00443 01(0168-08), realizó 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 un caso idéntico al que nos ocupa, veamos:

[...] 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



Rama Judicial del Poder Público

decretos que las desarrollen, carecerán de todo efecto y no crearán derechos adquiridos.

(...)

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:

“(...) 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.

(...)

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

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

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 nuestro Tribunal de Cierre en sentencia de fecha 16 de abril de 2009, radicación No. 25000-23-25-000-2007-00476-01(2048-08), M.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, 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 151³ del Decreto 1212 de 1990, y luego el art. 169 del Decreto 1211 de

³ 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

1990, y por tanto la aplicable al reajuste de pensiones del personal oficial y suboficial. Adicionalmente determinó un 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, a 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.

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 artículo 42 del Decreto 4433 del mismo año.

III) El caso concreto.-

En el asunto, solicita el demandante la declaratoria de Nulidad del oficio No. 20584 del 12 de junio de 2007, por medio del cual se le negó la reliquidación de la asignación de retiro por porcentaje del IPC, solicitada mediante petición de fecha 18 de mayo de 2007.

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, se encuentra acreditado que:

- 1) El señor JOSÉ CASADO SILVA, le fue reconocida asignación de retiro mediante Resolución No. 2377 adiada 04 de diciembre de 1990, (Folios 5 y 6).
- 2) Mediante petición radicada bajo el consecutivo No. 32677 de fecha 18 de mayo de 2007, el demandante solicitó ante la entidad demandada, 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 a partir del año 1996. (Folio 3)
- 3) A través de Oficio No. 20584 de 12 de junio de 2007, CREMIL, respondió de manera negativa la petición de reliquidación y el consecuente reajuste de pensión, con fundamento en el principio de oscilación. (Folio 4 y reverso)



Rama Judicial del Poder Público

De lo anterior, se tiene que para la fecha en que el actor adquirió el derecho a gozar de la asignación de retiro, esto es 04 de diciembre de 1990, aún no habían sido expedidas los preceptos legales tales como la ley 100 de 1993, Ley 238 de 1995 y el Decreto 4433 de 2004, alegadas en el sub.lite. Sin embargo, es de recalcar que el demandante está reclamando el reajuste de su pensión o asignación de retiro a partir del año 1996, es decir sin incluir los años transcurridos entre 1990 a 1995, por tanto será ésta fecha, 1996, la que se tomará para el estudio del caso.

Así entonces, se considera que para el año 1996 existían normas más favorables para el reajuste de la asignación de retiro del señor José Casado Silva, tal es el caso de lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, la cual otorgaba un beneficio el cual no podía ser desconocido, aún basándose en normas anteriores. Criterio reiterado por el H. Consejo de Estado,- y que acoge éste despacho en su plenitud-, 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 expedidos por el Gobierno Nacional y la de prohibición de aplicación parcial de la ley 100 de 1993 al régimen de las Fuerzas Militares propuestas por la entidad demandada, por cuanto en el expediente no se encontraron razones jurídicamente válidas que indiquen que deba inaplicarse en el presente asunto el artículo 14 de la ley 100 de 1993, disposición que no ha sido declarada inexecutable, siendo así existente en el mundo jurídico y por tanto es permitida su aplicación. También en lo que se refiere a la aplicación de la Ley 238 de 1995, tal como se dijo en párrafos anteriores, se tiene que esta norma amén de ser una disposición de naturaleza especial y posterior, resulta más favorable al trabajador, lo cual hace, con mayor razón, inviable su inaplicación al caso concreto, como lo pretende la entidad demandada.

Ahora, como quiera que el demandante radicó su petición ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares el día 18 de mayo de 2007, deberá darse aplicación al artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, que establece la prescripción cuatrienal, de esta forma:



Rama Judicial del Poder Público

“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 es cierto que a la parte demandante le asiste la razón respecto del reajuste, reliquidación y cómputo de su asignación de retiro de acuerdo al I.P.C, en aplicación de la Ley 238 de 1995, no lo es menos que dichas pretensiones sólo tendrán efectos fiscales a partir del **19 de mayo de 2003**, por aplicación de la prescripción cuatrienal del derecho, pues la solicitud de reajuste fue presentada el día **18 de mayo de 2007**, como ya se indicó. 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 42⁴, manteniendo vigente este sistema de reajuste, solo se reconocerá el pago de la diferencia en el reajuste anual de su asignación de retiro a partir del 19 de mayo de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2004, habida cuenta que los años posteriores a la entrada en vigencia (2004), se debe dar aplicación al principio de oscilación, el cual ha guardado relación con el IPC para los años subsiguientes. En ese orden, el despacho encuentra probada la excepción de Prescripción del derecho en algunos años propuesta por la entidad demandada.

Para mayor ilustración se hace una tabla comparativa desde el año 1996 al año 2012 de la diferencia porcentual entre la oscilación y el IPC de la asignación de retiro.

⁴ **“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.

PARAGRAFO. Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de Oficiales Generales y Coroneles, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el artículo 140 de este Decreto.”



DIFERENCIA PORCENTUAL			
AÑO	OSCILACIÓN		IPC
	DECRETO No.	%	%
1996	107 (15 de enero)	29.12%	19.46%
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%
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 de fecha 18 de febrero de 2010, radicación No. 25000-23-25-000-2006-07265-01(1638-08), M.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón, se precisa que a pesar de haber operado el fenómeno de la prescripción de las diferencias de las mesadas pensionales anteriores al 19 de mayo de 2003, atendiendo a que el actor tenía derecho a la aplicación IPC, para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 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, -



Rama Judicial del Poder Público

excepto 2003 y 2004-, sí deben ser utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores.

B.- COSTAS.

Atendiendo lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 392 del CPC, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, estima acogiendo el criterio jurisprudencial reiterado por el H. Consejo de Estado en forma uniforme sobre la condena en costas, que la conducta de la entidad demandada al no ser temeraria ni dilatoria, no hay lugar a su condena.

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 de inexistencia del derecho sobre sueldo en actividad, 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 y la de prohibición de aplicación parcial de la Ley 100 de 1993 al régimen de las Fuerzas Militares, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Declárese probada la excepción de Prescripción del derecho en las diferencias en algunos años según las mesadas, propuesta por la apoderada de entidad demandada, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Declárese la nulidad del acto administrativo contentivo en el oficio No. CREMIL 20584 de fecha 12 de junio de 2007, mediante el cual el Subdirector de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, niega las pretensiones solicitadas en la petición presentada por el señor José Casado Silva, identificado con CC No. 15.886.148 expedida en Leticia, (Amazona) radicada en esa entidad el 18 de mayo de 2007.



Rama Judicial del Poder Público

CUARTO.- A título de restablecimiento del derecho, condénese a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a reliquidar las mesadas pensionales del demandante correspondiente a los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 de acuerdo al IPC establecido para cada año, a fin de que las diferencias que arrojen sean utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores.

QUINTO.- Ordénese el reconocimiento y pago de la diferencia en el reajuste anual de la asignación de retiro del demandante a partir del 19 de mayo de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2004.

SEXTO: Niéguese el reconocimiento y pago de las diferencias en el reajuste anual de la asignación de retiro del demandante, anteriores a la fecha 19 de mayo de 2003, por aplicarse sobre éstas la prescripción cuatrienal contenida en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.

SEPTIMO: Por Secretaría, dése cumplimiento a dispuesto en los artículos 192 y 203 del CPACA.

OCTAVO.- Sin costas en esta instancia judicial.

NOVENO.- Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

DECIMO: 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.

Decisión esta que se notificó en Estrados, sin recursos interpuestos por las partes.

Así las cosas, se da por terminada la presente audiencia siendo las 11:02 AM y se deja constancia de la grabación del audio y video. Se firma por los que en ella intervinieron.



LUZ ELENA PETRO ESPITIA

Jueza

10. FIRMAS:

YOHANA PATRICIA ZAPATA MERCADO

Apoderada sustituta de la parte demandante

YULI PAULIN LASTRE SIMAHÁN

Profesional Universitario