

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO

JUEZA: DRA. LUZ ELENA PETRO ESPITIA

AUDIENCIA INICIAL

Al Despacho del Juzgado Quinto Administrativo Oral de Sincelejo, hoy veintitrés (23) de mayo de dos mil trece (2013), siendo las dos y quince de la tarde (02:15 PM), 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 veinticinco (25) de febrero del año en curso, dentro del proceso Rad.70001.33.33.005.2012.00042.00 promovido por Ciro Calixto Castellar Cortina 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. 20131 de fecha 3 de mayo de 2012, por medio de la cual se negó la reliquidación de la asignación de retiro de los años 1999 a 2012, con base en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993”. La suscrita Jueza 5° Administrativo SE CONSTITUYÓ EN AUDIENCIA Y DECLARÓ ABIERTO EL ACTO presidido por ella y la Profesional Universitario. Dando inicio a la presente audiencia 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:

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 que se notifica en Estrados

MINISTERIO PÚBLICO:

La Procuradora Judicial que actúa ante este Despacho no se hizo presente.

AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO:

No se presentó

TERCEROS INTERVINIENTES:

No hay intervinientes.

2. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Continuando con la audiencia la señora Jueza le da traslado a las partes a fin de que expresen si existen vicios en el presente proceso. La parte demandante



manifestó que no encuentra vicios de tipo procedimental ni sustancial en el presente proceso. Retoma la palabra la señora Jueza, quien una vez revisado con detalle la totalidad del expediente, consideró que no existen vicios de tipo procedimental y sustancial en el mismo, en consecuencia no se hizo necesario la adopción de medidas de saneamiento. Advirtió 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 notificó en estrados.

3.- DECISIÓN DE EXCEPCIONES PREVIAS

De conformidad a lo establecido en el numeral 6º 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 legitimidad en la causa por pasiva con anterioridad al 1º de enero de 2000. 2. Inexistencia del derecho. 3. Falta de unidad jurídica en los actos demandados por la legalidad y vigencia de los decretos de oscilación expedidos por el gobierno nacional. 4. 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. 5. Inexistencia de fundamento jurídico para solicitar reajuste de asignación de retiro conforme al IPC desde el año 2005. y 6. 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.

El igual sentido, el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sentencia del 22 de noviembre de 2001, M.P Dra. María Elena Giraldo Gómez, expediente No. 13356 sostuvo 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 con anterioridad al 1° de enero

del 2000: Fundada en que el demandante antes de 18 de mayo de 1999, fecha en la cual se hizo efectiva la asignación de retiro reconocida a través de la Resolución No. 1208 del 7 de mayo de 1999, no ostentaba la calidad de retirado, por tanto al no ser beneficiario de la asignación de retiro, la Caja de Retiro de las FF.MM no estaba obligado a hacer incrementos salariales por encontrarse dentro del personal activo.

Respecto a la legitimación en la causa, el H. Consejo de Estado en sentencia de 13 de febrero de 1996, exp. 11.213, sostuvo 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 fecha 28 de julio de 2011, rad. No.: 52001-23-31-000-1997-08625-01(19753), estableció 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 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 inicie 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 indicó también en sentencia del 1° de marzo de 2006, M.P. Dr. Alier E. Hernández Enríquez, expediente No. 13764, 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 analizó la excepción en comento, 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 que decretarla de oficio, por cuanto a folios 71 a 72, se avizora que el señor CIRO CALIXTO CASTELLAR CORTINA-Sargento Primero de la Armada Nacional ® le fue reconocida asignación de retiro mediante Resolución No. 1208 de fecha 7 de mayo de 1999, a partir del 18 de mayo de ese mismo año; 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 mediante oficio No. 20131 de fecha 3 de mayo de 2012, de la petición radicada por el actor el día 9 de abril de 2012.

En vista de lo anterior, el despacho al no encontrar fundada la excepción propuesta, la negará. Decisión que se notificó en estrados, sin recurso por la parte demandante.

Prescripción: Fundada en caso de que el actor le asistiera algún derecho, este no podría reconocérsele 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 planteamientos expuestos, se debe declarar la prescripción del derecho.

Al respecto, es de señalar 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.



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

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 7 de mayo de 1999 según Resolución No. 1208, estando en vigencia la referida norma. Con lo anterior, queda claro que la prescripción trienal no será aplicable en el sub lite sino la prescripción de cuatro años, en el evento de encontrarse probada en el fondo del asunto. Decisión que se notificó en estrados, sin recurso por la parte demandante.

Finalmente, de oficio este despacho no halló excepción para declarar. Decisión que se notificó por estrados. Sobre lo anterior, la parte demandante no interpuso recurso contra la decisión adoptada.

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)



4.- FIJACIÓN DEL LITIGIO

El despacho en aplicación del artículo 180 del CPACA indaga a las partes sobre los hechos en que están de acuerdo y demás extremos de la litis.

En primer lugar le dio traslado a la parte demandante: Quien se ratificó en que se declare la nulidad del Oficio No. 20131 de fecha 3 de mayo de 2012, mediante el cual la entidad demandada negó la reliquidación de la asignación de retiro al demandante con aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, correspondiente a los años 1999 a 2012, por cuanto este es más favorable al actor que el principio de oscilación.

4.1.- Hechos Parte Actora:

- El demandante obtuvo la asignación de retiro, a través de la Resolución No. 1208 del 17 de mayo de 1999, 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 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 número 26461 de fecha 3 de mayo de 2012, solicitando la reliquidación, reajuste y pago de la pensión que viene disfrutando al igual que su indexación; sin embargo la misma fue negada mediante auto administrativo No. 20131 CREMIL 26461.



4.2.- Pretensiones:

- Que se declare la nulidad del Oficio No. 20131 de fecha 3 de mayo de 2012, radicado bajo el No. 26461, mediante el cual la entidad demandada negó la petición formulada.

- a) Que se le reliquide la asignación de retiro al demandante con aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, de los años 1999 a 2012.

- b) Que se le reajuste la asignación de retiro, año por año, desde 1999, con los nuevos valores que arroje la reliquidación solicitada en el literal anterior.

- c) Que se le haga el reconocimiento y pago indexado de los valores correspondientes a la reliquidación solicitada, desde la fecha en que se hicieron exigibles hasta la fecha en que se reconozca el derecho precitado.

- Como consecuencia de esa declaración y a título de restablecimiento del derecho violado, se ordene la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro reconocida por la Caja de Retiro de las FFMM al demandante, adicionándosele 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 siguientes años:

- a. Para el año 1997: el 8.24%

- b. Para el año 1999: el 1.79%

- c. Para el año 2001: el 3.61%

- d. Para el año 2002: el 2.73%

- e. Para el año 2003: el 1.38%

- f. Para el año 2004: el 1.42%

- Se disponga el pago indexado de los dineros, los intereses moratorios y de los gastos y costas procesales.

- Por último, se ordene a la entidad demandada el cumplimiento a la sentencia que ponga fin al presente proceso en la forma y término señalado en el artículo 187 y ss del CPACA.

4.3.– 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 y presenta las excepciones que fueron referenciadas en el acápite anterior.

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 demandante señor CIRO CALIXTO CASTELLAR CORTINA, 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 notificó por estrados, sin recurso por parte del demandante.

5. CONCILIACIÓN

Por centrarse la discusión en derechos ciertos e indiscutibles donde no es requisito de procedibilidad la conciliación judicial, 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 notificó en estrados, sin recurso por parte del demandante.

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 notificó en estrados, sin recursos por parte del demandante.

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 CPACA, 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, haciendo posible que en esta audiencia pueda dar traslado de alegatos y en consecuencia dictar sentencia. Decisión que se notifica en estrados.

8. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Se corrió traslado de alegatos a la parte demandante.

Parte demandante: Ratificó 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. Adicionalmente solicitó que al momento de dictar sentencia se tengan en cuenta los antecedentes jurisprudenciales existentes en los Juzgados Administrativos de Sincelejo, el Tribunal Administrativo de Sucre, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Insiste en que se condene en costas a la entidad demandada con fundamento en el 393 del CPC por remisión del 188 del CPACA, ya que en este no establece como requisito de condena que la conducta de la entidad demandada sea dilatoria, sino que dispone que se condenará en costas a quien sea vencido. Es por ello, que de ser vencida en juicio solicita la condena en costas.



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

9. SENTENCIA:

9.1. BREVE RESUMEN DE LA DEMANDA:

La parte actora depreca la nulidad del oficio No. 20131 de fecha 3 de mayo de 2012, radicado bajo el No. 26461, mediante el cual negó la solicitud de reliquidación de la asignación de retiro con aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, correspondiente a los años 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.

Por último solicita se ordene a la entidad demandada dar cumplimiento a la sentencia que ponga fin a la presente acción en la forma y término señalados en el capítulo 6º artículos 187 y sucesivos del CPACA, (Ley 1437 de 2011).

Respecto a las normas violadas y concepto de la violación señaló como infringidas los artículos 2, 4, 13, 46, 48 y 53 de la Constitución política, igualmente la Ley 100 de 1993 artículos 14 y 279, y la Ley 238 de 1995.

Sostuvo además que la entidad demandada, inobservó el principio de favorabilidad, por cuanto el mismo debió aplicar el porcentaje más alto y no el más bajo, entre el decretado por el Gobierno Nacional para el aumento de los salarios del personal en servicio y el IPC del año anterior.

9.2 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.



9.3 CONSIDERACIONES DEL JUZGADO:

A.- Problema Jurídico: Se contrae en determinar si el demandante tiene derecho establecer 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 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 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 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 art. 42 del Decreto 4433 del mismo año.

III) El caso concreto.-

En el asunto, solicita el demandante la declaratoria de Nulidad del oficio No. 20131 de fecha 3 de mayo de 2012, radicado bajo el No. 26461, por medio del cual se le negó la reliquidación de la asignación de retiro correspondiente a los años 1999 a 2012 con porcentaje igual al IPC.

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, se encuentra acreditado que: 1) El señor CIRO CALIXTO CASTELLAR CORTINA, le fue reconocida asignación de retiro mediante Resolución No. 1208 de fecha 07 de mayo de 1999. 2) mediante petición radicada No. 26461 de data 9 de abril de 2012, solicitó ante la entidad accionada 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 1999 a 2012. 3) A través de oficio No. CREMIL 20131 adiado 3 de mayo de 2012, le fue negada la reliquidación y consecuente reajuste de su pensión, con fundamento en el principio de oscilación.

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 18 de mayo de 1999, existían

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".



normas más favorables para su reajuste (artículo 14 de la Ley 100 de 1993), la cual creaba 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 mediante oficio radicado bajo el No. 26461 (Fl. 19 a 24), 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 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,

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.



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. En ese orden, el Despacho encuentra probada entonces la excepción propuesta por la demandada consistente en inexistencia de fundamento jurídico para solicitar reajuste de asignación de retiro conforme al IPC desde el año 2005.

Para mayor ilustración se hace una tabla comparativa desde el año 1999 al año 2012 de la diferencia porcentual entre la oscilación y el IPC de la asignación de retiro, para la cual se tomará el certificado allegado por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares obrante a folio 22 del expediente.

DIFERENCIA PORCENTUAL			
AÑO	OSCILACIÓN		IPC
	DECRETO No.	%	%
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 respecto a las mesadas pensionales anteriores al 9 de abril de 2008, atendiendo que el actor tenía derecho a la aplicación del IPC, en lo que respecta al año 1999 desde la fecha en que adquirió el derecho de la asignación de retiro, esto es 18 de mayo y a los años 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

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."



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 posteriores.

De otra parte, respecto a la excepción de inexistencia del derecho sobre sueldo en actividad propuesta por la entidad demandada, el Despacho considera que la misma no tiene vocación de prosperar, puesto que al actor le fue reconocida su asignación de retiro el día 7 de mayo de 1999 mediante Resolución 1208, efectiva a partir del 18 de mayo de esa anualidad, por tanto el mismo tiene derecho al reajuste de su asignación retiro con base en el IPC, tal como se indicó ut supra, a partir de esa fecha.

- 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 violación al principio de inescindibilidad de la ley, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Declárense probadas las excepciones de inexistencia de fundamento jurídico para solicitar reajuste de asignación de retiro conforme al IPC desde el año 2005 y la de prescripción del derecho de conformidad con la motivación.

TERCERO: Declárese la nulidad del acto administrativo contentivo en el oficio No. CREMIL 20131 de fecha 3 de mayo de 2012, mediante el cual la Subdirectora de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, niega las pretensiones solicitadas en el derecho de petición recibido el 9 de abril de 2012, promovido por el señor CIRO CALIXTO CASTELLAR CORTINA, identificado con C.C. 73.543.763 del Carmen de 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 1999 al año 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.- 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: Por secretaría, désele cumplimiento a los artículos 192 Y 203 del CPACA.

SEPTIMO.- Sin costas en esta instancia judicial.

OCTAVO.- Deniégnese 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.

Decisión esta que se notificó en estrados, sin recurso por la parte demandante.

Así las cosas, se da por terminada la presente audiencia siendo las 3:29 PM 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

MARIA ISABEL PÉREZ MUSIRY

Profesional Universitario