

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Cartagena de Indias D. T. y C., veinte (20) de Marzo dos mil trece (2013).

ACCIÓN	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
RADICACIÓN	13-001-33-33-008-2012-00053-00
DEMANDANTE	WILMAN ALFREDO PACHECO MELO
DEMANDADO	CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL)

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por el señor WILMAN ALFREDO PACHECO MELO, a través de apoderado judicial, contra la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL).

I. LA DEMANDA

Por medio de escrito, la parte actora a través de apoderado judicial, presentó acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en la cual se impetran las siguientes pretensiones y se narran los siguientes hechos.

PRETENSION

- 1) Declarar la nulidad del acto administrativo 40306 DE FECHA 18 DE AGOSTO DE 2011 mediante el cual, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES negó las peticiones solicitadas por mi poderdante.
- 2) Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a reajustar la asignación de retiro de mi poderdante con aplicación del mayor porcentaje entre el índice de Precios al Consumidor IPC, y el decretado por el Gobierno Nacional para incrementar las asignaciones básicas de los integrantes de la Fuerza Pública en cumplimiento de la escala gradual porcentual, para los años 2002, 2003 Y 2004 con fundamento en los artículos 14 de la Ley 100 de 1993 y 1° de la Ley 238 de 1995.

HECHOS

1. Previo cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 163° del Decreto 1211 de 1990, LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, mediante Resolución N° 4931 DE FECHA 10 DE DICIEMBRE DE 2001, reconoció asignación de retiro al señor SM WILMAN ALFREDO PACHECO MELO.
2. Desde que mi poderdante obtuvo la asignación de retiro ésta viene siendo reajustada anualmente mediante la aplicación del principio de oscilación contemplado en el Artículo 169 del decreto 1211 de 1990.
3. La asignación de retiro del demandante en los años **2002, 2003 Y 2004** fue reajustada en un porcentaje inferior al índice de precios al consumidor (IPC)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

del año inmediatamente anterior, generándose una diferencia en contra del actor en los siguientes porcentajes:

- a. Para el año 2002: El 2.68%.
- b. Para el año 2003: El 0.93%,
- c. Para el año 2004: El 1.21%.

4. Con el memorial N° 58333 del 21 DE JULIO DE 2011, se radicó ante la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, derecho de petición el cual tenía por objeto:

- a. La reliquidación, reajuste y pago de la pensión que viene disfrutando mi poderdante, de conformidad con los porcentajes señalados en el numeral anterior.
- b. Igualmente se solicitó en esta petición, indexar los nuevos valores arrojados por la reliquidación.

5. La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES respondió desfavorablemente la solicitud contenida en el derecho de petición mediante acto administrativo N° 40306 DE FECHA 18 DE AGOSTO DE 2011, que aquí se demanda.

6. Con fecha 25 DE ABRIL DE 2012 en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 1285 de 2009 se presentó ante la Procuraduría General de la Nación solicitud de audiencia de conciliación extrajudicial.

7. El día 14 DE JUNIO DE 2012 ante la procuraduría 65 Judicial delegada ante los Juzgados Administrativos de CARTAGENA, se realizó audiencia de conciliación, declarándose fallida en razón a que la entidad convocada no presentó ánimo conciliatorio, como consta en el acta No. 090-2010 que se anexa, dándose de esta forma cumplimiento al requisito de procedibilidad establecido en el artículo 161 ley 1437 del 18 de enero de 2011.

II. CONTESTACIÓN

El apoderado de la demandada presento escrito de contestación en el que se opone a todos y cada uno de los hechos, al igual que a todas las pretensiones de la demanda.

En su lugar y como razones de defensa trae a colación un sin número de apartes de Leyes y Jurisprudencia, acompañada de las excepciones de FALTA DE UNIDAD JURIDICA EN LOS ACTOS DEMANDADOS POR LA LEGALIDAD Y VIGENCIA DE LOS DECRETOS DE OSCILACION EXPEDIDOS POR EL GOBIERNO NACIONAL, VIOLACION AL PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD DE LA LEY POR PROHIBICION DE APLICACIÓN PARCIAL DE REGIMEN GENERAL DE PENSIONES (LEY 100 DE 1993) AL REGIMEN ESPECIAL DE LAS FUERZAS MILITARES, las cuales atañen al fondo del asunto por tanto se decidirán al estudiar y decir la presente demanda.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

III. DE LAS PRUEBAS

Del demandante:

- Copia autentica de derecho de petición No. consecutivo 58333 solicitando reliquidación y reajuste de la asignación mensual de retiro (Fl.27-29).
- Copia autentica del derecho de petición No. consecutivo 58334 solicitando expedición de documentos. (folio 30).
- Original del acto administrativo oficio con No. consecutivo 40306 del 18 de Agosto de 2011(folio 31)
- Certificado de la última unidad militar. (folio 32)
- Certificado de asignación de retiro por año (folio 33-34)
- Datos de control de hoja de servicio (folio 35-36)
- Copia autentica de la Resolución No. 4931 (folio 37-38)

De la demandada:

- Copia simple de de la respuesta al derecho de petición (folio 59)
- Copia simple de los datos de control de hoja de servicio (60)
- Copia simple de la resolución 4931(folio 61)
- Copia simple del certificado de representante legal de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (folio 63)copia del Decreto 0978 de 2012 (folio 64)
- Certificado de sueldo básicos e incrementos anuales reconocidos a los oficiales y suboficiales (folio 65-66)

IV. ALEGATOS DE CONCLUSION

Los alegatos fueron presentados oralmente en la audiencia inicial que se realizó dentro de este proceso el día 20 de febrero del año en curso, donde las partes se ratifican en cada uno de los argumentos planteados en la demanda y en la contestación de la demanda. (No se estima necesario transcribirlos).

IV. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO:

El problema jurídico a resolver en este proceso se centra en determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago del reajuste de la asignación de retiro, que viene recibiendo, de conformidad con la ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de la ley 100 de 1993, esto es, con base en el Índice del Precio al Consumidor, IPC, certificado por el DANE.

TESIS DEL DESPACHO

Habiendo demostrado que en algunas anualidades el IPC del año inmediatamente anterior fue superior al incremento decretado, debe concluirse que el acto acusado quedó incurso en causal de nulidad al no reconocer el reajuste solicitado, pues no dio aplicación a la norma más favorable. En efecto,

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

en el caso concreto la norma más favorable es el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, pues consagra incrementos conforme al IPC.

ANÁLISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

En atención a la naturaleza de la asignación de retiro, este Despacho precisa que tanto la Corte Constitucional¹ como el Consejo de Estado en su jurisprudencia han reconocido a las asignaciones de retiro el carácter de una pensión como la de vejez o de jubilación. El personal de las Fuerza Pública y de la Policía Nacional de tiempo atrás ha contado con un régimen prestacional especial, dadas las especiales circunstancias de su servicio.

La Ley 100 de 1993 "Por la cual se creó el sistema de seguridad social integral", en el artículo 14, previó el reajuste de las pensiones teniendo en cuenta el Índice de Precios al Consumidor, y creó una mesada pensional adicional para los pensionados. Ahora, si bien es cierto en un principio el Régimen de Seguridad Social Integral (Ley 100 de 1993) excluyó entre otros servidores, a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional de la aplicación de dicho régimen, al consagrar en el artículo 279 que ***"El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional..."***, no es menos cierto que con posterioridad dicha norma fue adicionada en un párrafo por disposición expresa del artículo 1º de la Ley 238 de 1995, señalándose lo siguiente: ***"Párrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados."*** Por lo anterior, se concluye que con la entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995, las personas pertenecientes a los regímenes excluidos por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, podrán acceder a los beneficios contemplados por el artículo 14 y 142 ibídem, y en consecuencia, tienen derecho a que se les reajusten sus mesadas pensionales teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Además, la Constitución Política de Colombia en el artículo 53 consagra el principio de favorabilidad en materia laboral, por lo que en este caso concreto se aplicará la ley general por ser más favorable que la ley especial². Finalmente, el Despacho advierte que tanto el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 como el artículo 151 del Decreto 1212 de 1990, expresamente permite la aplicación del reajuste pensional con base en el Índice de Precios al Consumidor al consagrar en el inciso segundo de la anterior disposición lo siguiente: ***"Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes***

¹ Corte Constitucional en Sentencia C-432 de 2004 con ponencia del M. Dr. Rodrigo Escobar Gil, analiza la constitucionalidad de algunas normas consagradas en el Decreto 2070 de 2003.

² Al respecto se pronunció el Consejo de Estado en sentencia del 17 de mayo de 2007, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente Doctor Jaime Moreno García.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley". (Resaltado fuera del texto original). Debido a este mandato legal expreso resulta compatible la aplicación del art. 14 de la precitada ley a los miembros de la Fuerza Pública (Fuerzas Militares y Policía Nacional); así, la forma de reajuste pensional del art. 14 de la Ley 100 /93 resulta aplicable a las pensiones de los sectores exceptuados del art. 279 dentro de los cuales aparecen el de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuando se dan los supuestos de hecho que contempló la sentencia mencionada.

En el mismo sentido en Sentencia reciente el Consejo de Estado³, dijo que partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995, el grupo de pensionados de los sectores excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993, entre ellos los miembros de la Fuerza pública, sí tienen derecho a que se les reajuste sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, certificado por el DANE. Respecto al término de prescripción, la misma sentencia del Consejo de Estado citada atrás, afirma que: *"En el asunto bajo estudio, la liquidación del reajuste procede entre los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, tal como se deriva del tratamiento dado por Decreto Ley 1211 de 1990 en donde el IPC estuvo por encima de la oscilación; no obstante, por efecto del reajuste reconocido la mesada pensional o base pensional ha sido modificada, y el pago de las diferencias causadas con base en esta operación, procede a partir del 23 de marzo de 2006, porque sobre dichos conceptos operó la prescripción cuatrienal, pues como se advirtió las mesadas sí están sujetas a este fenómeno jurídico y, en el presente caso, la petición en vía gubernativa se formuló por el actor el 23 de marzo de 2010, en consecuencia, las sumas causadas con anterioridad al 23 de marzo de 2006 y no del 23 de marzo de 2010 como lo señaló el A quo, se encuentran prescritas de conformidad con el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990. (fl.95)"*⁴

"Así las cosas se revocará la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó las pretensiones de la demanda. En su lugar, declarará probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada respecto de las sumas causadas con anterioridad al 29 de junio de 2006 y la nulidad del Oficio 37216 de 23 de julio de 2010 suscrito por el Subdirector de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por el cual negó el reajuste de la asignación de retiro con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor al actor, sin embargo el pago de las diferencias causadas

³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B. CONSEJERO PONENTE: GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá, D.C., quince (15) de noviembre de dos mil doce 2012. Expediente: 2500023250002010005111 01.

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección B, de 31 de mayo de 2012, radicado interno No. 1388-2011, actor: Jaime Cajigas Rodríguez

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

con base en esta operación, procede a partir del 29 de junio de 2006, con fundamento en la prescripción cuatrienal como se dijo.⁵

la Sentencia de 4 de septiembre de 2008, C.P. Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Expediente N° 0628-08, según la cual el fenómeno prescriptivo para los miembros de la Fuerza Pública es de período cuatrienal, al tenor de lo dispuesto por el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.⁶

CASO CONCRETO En el caso bajo estudio, la parte actora solicita el reconocimiento, reliquidación y reajuste de la asignación de retiro, el cual fue negado mediante acto administrativo 40306 DE FECHA 18 DE AGOSTO DE 2011, proferido por la entidad demandada, y pretende que el reajuste de su asignación de retiro se efectúe con base en el índice de Precios al Consumidor en la forma contemplada por la Ley 100 de 1993, en los años en que este fue superior al sistema de oscilación que reajusta las pensiones de los miembros de la Fuerza Pública, es decir, reclama que el reajuste se haga teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 14 de la norma en cita, además solicita que se restablezca su derecho incrementando su Asignación de Retiro de conformidad con el aumento del Índice de Precios al Consumidor. Realizada una confrontación entre los decretos expedidos por el Gobierno Nacional que ordena los incrementos anuales de la asignación de retiro, frente al IPC, observaciones que existen diferencia para los años que pide el actor así:

CUADRO COMPARATIVO

AÑO	OSCILACIÓN	IPC
1997	21.38%	21.63%
1998	19.84%	17.68%
1999	14,91%	16.70%
2000	9,23%	9.23%
2001	5.85%	8.75%
2002	4.99%	7.65%
2003	6.22%	6.99%
2004	5.38%	6.49%

Se tiene entonces que los incrementos realizados anualmente a la Asignación de Retiro de la parte actora, haciendo una interpretación integral de la

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección A, de 17 de mayo de 2012, C.P. Alfonso Vargas Rincón, Expediente No. 1686-11, actor: Tiberio Rengifo Mercado

⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, CONSEJERO PONENTE: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Bogotá D.C., cuatro (04) de octubre de dos mil doce (2012)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

demanda, para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 aplicando el principio de oscilación, fue inferior al Índice de Precios al Consumidor, razón por la cual, le asiste el derecho a que la Caja de Retiro de las fuerzas militares, reajuste anualmente la asignación de retiro de la parte actora de conformidad con lo ordenado en la Ley 238 de 1995, con base en el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, por ser más favorable. Así las cosas, considera el despacho que acto administrativo 40306 DE FECHA 18 DE AGOSTO DE 2011 (FL. 31), al no disponer la revisión de los reajuste de la asignación de retiro del cual es beneficiario el Actor, para los años correspondientes a 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 con fundamento en la ley 238 de 1995, y lo preceptuado en el artículo 14 de la ley 100 de 1993, se encuentra afectada por la causal de nulidad por violación de normas superiores, razón por la cual se declarará la nulidad del referido oficio. Así las cosas, es preciso señalar que el máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo, ha dispuesto en su jurisprudencia la imprescriptibilidad del derecho al reajuste de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, señalando que es viable que el interesado pueda solicitar el reconocimiento de su derecho en cualquier tiempo, advirtiendo que el pago de las mesadas no tiene tal carácter, por lo que resulta aplicable la prescripción de las mismas, ya sea trienal o cuatrienal de acuerdo al caso concreto. Se tiene entonces que, de acuerdo a lo consignado en el acto acusado, la primera solicitud del reajuste se radicó en la entidad accionada el día 21 de Julio de 2011, de lo cual se advierte que solo procede el pago de las diferencias que resulten entre el reajuste reconocido con base en el principio de oscilación y lo que debe reconocerse de acuerdo a los Índices de Precios al Consumidor, a partir del veintiuno (21) de Julio de 2007, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia; pues, la diferencias anteriores al veintiuno (21) de Julio de 2007, se encuentran prescritas en virtud de lo previsto en el artículo 43 del Decreto 4433 del 31 de Diciembre de 2004, norma esta aplicable al caso concreto. De otro lado, se precisa que dada la naturaleza de la asignación de retiro, como una prestación periódica, es claro que el hecho de que haya accedido al reajuste de la base con fundamento en el IPC, hace que el monto se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro de manera ininterrumpida, pues como se ha precisado en anteriores oportunidades las diferencias reconocidas a la base pensional sí deben ser utilizadas para el reajuste de las mesadas posteriores; así las cosas, como la base prestacional se ha ido modificando desde mil novecientos noventa y siete (1997) con ocasión de la aplicación del IPC, es claro que necesariamente este incremento incide en los pagos futuros y por ende mal puede establecerse limitación alguna, cuando este incremento no se agota en un tiempo determinado.⁷

Así las cosas, se tiene que si bien están prescritas las diferencias correspondientes a los años 1999 a 2007 y por tanto las mismas no se pagaran al Actor, si deben tenerse en cuenta para reajustar su asignación de retiro. Es del caso señalar que si bien el caso de marras la base prestacional se ha

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 27 de enero de 2011, Rad. 1479-09. C.P Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

modificado desde el año de mil novecientos noventa y siete (1997), el mismo se concederá a partir de ese año tal como se solicitan en la demanda y hasta el año 2007, teniendo en cuenta que la asignación de retiro fue reconocida antes de la expedición del Decreto 4433 de 2004, aplicándole en consecuencia el término establecido en el Decreto 1212 de 1990. En consecuencia con lo expuesto, se declarará la nulidad los Oficios acto administrativo 40306 DE FECHA 18 DE AGOSTO DE 2011 proferido por la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES mediante el cual negó el reconocimiento y pago, del incremento correspondiente en aplicación del Índice de precios al consumidor (I.P.C.), sufridos para los años en que este fue mayor hasta el presente, conforme lo ordena el Artículo 14 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el art. 279 Parágrafo 4 de la misma obra, adicionado por la ley 238 de 1995. Con fundamento a lo anteriormente dicho no son de recibo los argumentos expuestos en las excepciones denominada FALTA DE UNIDAD JURIDICA EN LOS ACTOS DEMANDADOS POR LA LEGALIDAD Y VIGENCIA DE LOS DECRETOS DE OSCILACION EXPEDIDOS POR EL GOBIERNO NACIONAL, VIOLACION AL PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD DE LA LEY POR PROHIBICION DE APLICACIÓN PARCIAL DE REGIMEN GENERAL DE PENSIONES (LEY 100 DE 1993) AL REGIMEN ESPECIAL DE LAS FUERZAS MILITARES.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Declárese la nulidad del Oficio acto administrativo 40306 DE FECHA 18 DE AGOSTO DE 2011, proferido por la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES por medio de la cual se comunico la resolución de la petición.

SEGUNDO: Ordénese a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES a realizar los reajustes de la Asignación de Retiro del señor WILMAN ALFREDO PACHECO MELO con aplicación del porcentaje del Índice de Precios al Consumidor, para los años correspondientes a 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

TERCERO: Ordenase a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, al pago de las diferencias que resulten entre el reajuste reconocido con base en el principio de oscilación y lo que debe reconocerse de acuerdo a los Índices de Precios al Consumidor, a partir del Veintiuno (21) de Julio de 2007, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia.

CUARTO: **Decretar** prescritas las diferencias que resulten entre el reajuste reconocido con base en el principio de oscilación y lo que debe reconocerse de acuerdo a los Índices de Precios al Consumidor, para los años 1997, 1999,

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

2001, 2002, 2003 y 2004, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: La presente sentencia se cumplirá de conformidad con lo establecido en los artículos 189, 192 y 193 del CPACA.

SEXTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, expídase copia para su cumplimiento, haciéndose constar en la primera que presta mérito ejecutivo.

OCTAVO: Condénese en costas a la parte demandada en consecuencia, se fijan medio S.M.L.M.V.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'E. del Vecchio Dominguez', is written over the printed name.

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena