



166

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja
Correo institucional: j_4admintun@cendoj.ramajudicial.gov.co

Tunja, 18 MAY 2017

DEMANDANTE: ANA MARIA LAVADO DE FERNÁNDEZ
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - GRUPO DE PRESTACIONES SOCIALES
RADICACIÓN: 150013333014 2015-00065 00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Previo el agotamiento de las etapas procesales precedentes y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este Despacho a proferir sentencia del medio de control de la referencia de conformidad con los artículos 181 inciso último y 187 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

I LA DEMANDA

1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA (Fls. 2-4)

Que se declare la nulidad del Oficio No. OFI 15-10757 MDSGDAGPSAP del 17 de febrero de 2015, proferido por la Nación - Ministerio de Defensa Nacional- Coordinador Grupo de Prestaciones Sociales, mediante el cual se negó el reconocimiento, liquidación y pago del reajuste de la pensión de beneficiarios de la actora, el pago de los dineros retroactivos resultantes de la diferencia dejada de percibir, con su respectiva indexación, en virtud de los aumentos decretados por el Gobierno Nacional de acuerdo al índice de Precios al Consumidor (I.P.C), para los años 1995 a 2009 y subsiguientes con los porcentajes más favorables conforme lo establece la Ley 238 de 1995 y de acuerdo al principio de oscilación.

Que se declare a título de restablecimiento del derecho se condene a la Entidad accionada a reajustar anualmente las mesadas de la pensión con la inclusión de los porcentajes del IPC decretado por el DANE para los años 1997 a 2004 y los años subsiguientes con los porcentajes más favorables a la actora, de conformidad con lo previsto en la Ley 238 de 1995 y de acuerdo al principio de oscilación y al pago del retroactivo con su correspondiente indexación, resultante entre la diferencia de lo cancelado frente al valor reajustado.

Que se condene a la Entidad demandada a pagar las sumas adeudadas de manera actualizada tomando como base el I.P.C. Así mismo solicita se cancelen los intereses comerciales moratorios; se dé cumplimiento a la sentencia y se condene en costas.



2. HECHOS DE LA DEMANDA (FL. 2-3)

Informa la parte demandante que, al reunir los requisitos legales, la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - COORDINADOR GRUPO DE PRESTACIONES SOCIALES, reconoció a la señora ANA MARÍA LAVADO DE FERNANDEZ, pensión de sustitución de sobreviviente.

Además que la parte accionante dirigió petición a la ahora demandada, con el ánimo de solicitar reconocimiento, liquidación y pago de reajuste por I.P.C. en su pensión, puesto que los incrementos decretados por el Gobierno, habrían sido inferiores a este, para las vigencias 1997 a 2004.

También alega que agotó la vía administrativa, puesto que en la respuesta que negó la petición la autoridad informó la no procedencia de recurso alguno contra el acto. Igualmente, alega que, a pesar de la invitación de la autoridad a solicitar audiencia de conciliación extrajudicial, la parte demandante se opone a la realización de dicha propuesta.

Aduce, de igual manera, que el último lugar de prestación del servicio del Sr. Sargento Viceprimero BUENAVENTURA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, fue el «BATALLON NO 1 DE INFANTERIA BILOVAR» (sic), cuya sede principal es la ciudad de Tunja, Boyacá.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Señaló la parte demandante como violadas, las siguientes normas: El preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 29, 46, 48 y 53 de la Constitución nacional. El artículo 34 de la Ley 2 de 1945. Artículo 1, literal D, de la ley 4 de 1992. Artículo 14 y 142 de la Ley 100 de 1993. Artículo 1 de la Ley 238 de 1995. Artículo 1, literal d; art. 2, literal a; art. 4 de la Ley 4 de 1992. Decreto 107 de 1996. Decreto 122 de 1997. Decreto 058 de 1998. Ley 1285 de 2009. Artículos 36, 138 y siguientes del C.P.A.C.A.

Argumenta la parte demandante que el ordenamiento jurídico se funda en el respeto de la dignidad humana, consagrando como fin del estado la protección y garantía de las personas. Igualmente, que ha de predicarse la igualdad en la protección y trato de las autoridades y en el goce efectivo de derechos. También, afirma la violación del artículo 48 constitucional, derecho a la seguridad social, como servicio público de carácter obligatorio y como «privilegio irrenunciable de todos los habitantes». Además, trae a colación los principios de favorabilidad en materia laboral y de la seguridad social, y del mínimo vital.

Refiriendo a la Ley 100 de 1993, adicionada por la Ley 238 de 1995, alega que existe una violación por falta de aplicación, en tanto que estas normas consagran la garantía



de que los reajustes pensionales deben hacerse con base en el IPC, incluidos los regímenes exceptuados; ante lo cual, la autoridad administrativa debió haber reajustado las mesadas pensionales de acuerdo al porcentaje más favorable a la demandante, y que deberá atenderse al principio de oscilación que rige las prestaciones pensionales relacionadas con el régimen de la Fuerza Pública.

II. CONTESTACION DE LA DEMANDA (Fls. 44 - 47)

A través de su apoderada judicial, la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL da contestación a la demanda afirmando los hechos de la demanda, y que, mediante el acto OFI15-10757 MDNSGDAGPSAP, le informó a la parte demandante que era necesario solicitar el derecho a través de conciliación ante las procuradurías, en el marco de una «nueva política adoptada por la entidad, respecto del asunto». Situación que (afirma el escrito de contestación), no se llevó a cabo, y que es en razón de ello que se realizará en sede judicial.

III. ACTUACION PROCESAL

1. AUDIENCIA INICIAL

Admitida la demanda el día 11 de junio de 2015, notificadas las partes, fue presentada contestación por la entidad demandada dentro del término legal. Con posterioridad se procedió a realizar audiencia inicial el 24 de agosto de 2016 (fls. 69 a 72), previa convocatoria mediante auto de fecha 7 de abril de 2016, desarrollándose la misma en los términos del artículo 180 del C.P.A.C.A, culminando con la fijación de fecha para la audiencia de pruebas.

2. AUDIENCIA DE PRUEBAS

En fecha 19 de septiembre de 2016 se realizó audiencia de pruebas (fls. 150 y vto.), en la cual fue posible incorporar la totalidad de las pruebas decretadas y se ordenó la presentación de los alegatos por escrito.

IV. ALEGATOS

1. PARTE DEMANDANTE: Guardó silencio.
2. NACIÓN - MINISTERIO DE LA DEFENSA NACIONAL - GRUPO DE PRESTACIONES SOCIALES: Guardó silencio.
3. MINISTERIO PUBLICO: Guardó silencio.



V. ANÁLISIS PROBATORIO

Al expediente se allegó el siguiente material probatorio, que fue decretado y practicado siguiendo las formalidades preestablecidas en las normas procesales, respetando el derecho de contradicción, publicidad y defensa de las partes y que por lo tanto se incorporaron al expediente como pruebas legalmente recaudadas y allegadas a la actuación procesal, razón por la cual se valorarán en conjunto, para soportar la decisión que en derecho corresponda:

• Documentales:

1. Copia de la Petición presentada por la señora ANA MARÍA LAVADO DE FERNÁNDEZ a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - GRUPO DE PRESTACIONES SOCIALES, el 5 de febrero de 2015 (f. 17).
2. Copia del Acto No. OFI15-10757 MDNSGDAGPSAP, del 17 de febrero de 2015, expedido por la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional (fls. 18 - 19).
3. Copia de la Resolución No. 6830 del 6 de septiembre de 1989, expedida por la Secretaría General del Ministerio de Defensa Nacional, «por la cual se reconoce y ordena el pago de prestaciones sociales, con fundamento en el expediente EJC No. 2460 de 1988» (fls. 20 - 21).
4. Copia de la Resolución No. 5696 del 18 de septiembre de 1991, expedida por la Secretaría General del Ministerio de Defensa Nacional, «por la cual se reconocen primas de construcción y se ordena pagar si valor a la CAJA DE VIVIENDA MILITAR» (fls. 22 y vto.).
5. Copia del «Formato de Información Personal Pensionado y/o Beneficiarios» del Ministerio de Defensa Nacional - División Prestaciones Sociales (f. 23).
6. Copia de Declaración Extrajuro Juramentada, expedida por la Notaría 3 del Círculo de Villavicencio, del 10 de octubre de 1995 (f. 23 vto.).
7. Copia de Oficio del Ministerio de Defensa Nacional - Secretaría General, expedido por el Tesorero Principal Mindefensa, expedido el 22 de febrero de 2001 (f. 24 vto.).
8. Copia del oficio OFI15-22710 MDN-SGDA-GAG, del 26 de marzo de 2015, por la cual el Ministerio de Defensa da respuesta a una petición de la aquí demandante, respecto de «Certificado de última unidad» y «Copia auténtica Liquidación de Servicio No 1007/1988» (f. 25).
9. Copia Certificado Última Unidad, oficio No. CERT2015-1009 - MDSGDAGAG-12.12, del 25 de marzo de 2015, expedido por el Coordinador del Grupo de Archivo General del Ministerio de Defensa Nacional (f. 26).
10. Copia auténtica de la Liquidación de Servicio No. 1007EJC/88, expedida el 14 de octubre de 1988, por los Jefes de la Sección de Prestaciones Sociales del Ejército y



- del Departamento Personal del Ejército, aprobada por el Comandante del Ejército (f. 27 y vto.).
11. Copia de Oficios expedidos por la Abogada - Asuntos Legales del Ministerio de Defensa Nacional - Grupo Contencioso Constitucional Sede Tunja - Primera Brigada, del 20 y 26 de octubre de 2015 (f. 58 - 59).
 12. Copia de Certificación de reajuste «con principio de oscilación desde 1999 hasta agosto de 2016 (...), así mismo las mesadas reajustadas con base al IPC, favorables desde 1999 a agosto de 2016», del 6 de septiembre de 2016, expedida por el área de Pensionados del Grupo de Prestaciones Sociales de la Dirección Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional (fls. 80 - 82).
 13. Expediente Prestacional No. 6830 de 06 de septiembre de 1989 (fls. 84 - 148 vto.).
 14. Copia de Certificación de los valores nominados entre diciembre de 2004 a 30 de septiembre de 2016, expedida por la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales de la Dirección Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional (f. 161-162).

VI. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. PROBLEMA JURIDICO

En audiencia inicial (f. 69-72), se fijó el problema jurídico a resolver así:

¿Si el acto administrativo contenido en el Oficio No. OFI15-10757 MDSGDAGPSAP del 17 de febrero de 2015, se encuentra viciado de nulidad? Y en caso afirmativo, establecer si la pensión de beneficiarios de la señora Ana María Lavado de Fernández debe ser reliquidada para los años 1995 a 2004 con base en el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, y los años siguientes con los porcentajes más favorables de conformidad con la Ley 238 de 1995 y el principio de oscilación?

2. TESIS

De acuerdo con lo expuesto, analizada la demanda, su contestación y las alegaciones finales, el despacho advierte que los argumentos relevantes de las partes, se concretarán en las siguientes:

2.1 Tesis Argumentativa de la Parte Demandante:

Afirma que existe errónea motivación de los actos acusados, en el sentido que la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro de la cual es beneficiaria la accionante, debió hacerse basada en lo previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, por expresa autorización de la Ley 238 de 1993, que faculta a la entidad accionada a reajustar la asignación de retiro del accionante con los porcentajes más favorables.



2.2 Tesis Argumentativa de la parte Demandada:

Manifiesta que con base a las políticas adoptadas por el Comité Técnico de Conciliación del Ministerio de Defensa, la entidad acordó tomar una línea de acción consistente en conciliar los reajustes de las asignaciones de retiro; así mismo, en virtud a los parámetros establecidos mediante oficio No. 1422340 MDNSGDAGPSAN del 9 de abril de 2014, que aplica la prescripción cuatrienal determinada en el Decreto 1211 de 1990, a partir del día 23 de febrero de 2009, fecha en la que interrumpió el demandante el término de prescripción de las diferencias pensionales, con la solicitud presentada ante el Grupo de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional el 4 de octubre de 2011.

2.3 Tesis Argumentativa propuesta por el Juzgado

El Juzgado declarará la nulidad del acto objeto de enjuiciamiento y ordenará a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – GRUPO DE PRESTACIONES SOCIALES, que proceda a reajustar anualmente la asignación de retiro que percibe la parte demandante, con base en el I.P.C. del año inmediatamente anterior, en lo relativo a los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, de la base pensional que en todo caso deberá actualizarse año por año hasta la fecha en que se verifique el reconocimiento efectivo del derecho.

Así mismo, se ordenará el reconocimiento y pago de las diferencias que resulten entre las mesadas efectivamente devengadas por la demandante y aquellas que debían cancelarse conforme a la reliquidación que se ordena en esta sentencia, con efectos fiscales a partir del 05 de febrero de 2011, en atención a la prescripción cuatrienal.

3. PARA RESOLVER PROBLEMA JURÍDICO, EL DESPACHO PROCEDERÁ, CONFORME A LA SIGUIENTE MOTIVACIÓN:

- 3.1 Marco Normativo y Jurisprudencial aplicable para el reajuste de la asignación de retiro con base en el IPC.
- 3.2 Caso concreto.
 - 3.2.1 Prescripción
 - 3.2.2 Incidencia futura del reajuste pensional.
4. Conclusión.

3.1 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE PARA EL REAJUSTE DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO:

Para tomar una decisión en el caso objeto de estudio, es necesario en primer lugar, hacer un breve pronunciamiento respecto de la normatividad aplicable para el personal retirado de la policía nacional y su asignación de retiro.

El Gobierno nacional expidió los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990, que regularon el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, los cuales en su orden: **el primero**, reformó el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas



militares, **el segundo**, reformó el Estatuto del personal y Suboficiales de la Policía Nacional **y el tercero**, reformó el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional.

Normas donde se definió la asignación de retiro, la forma como debía reajustarse dichas pensiones y así mismo consagraron la oscilación de las asignaciones de retiro, aspecto que fue retomado por el Decreto 4433 de 2004, el cual desarrolló la Ley 923 de 2004, manteniendo vigente este sistema de reajuste.

Respecto de las pensiones, en principio debe decirse, que la Asignación de Retiro se trata de un derecho de carácter prestacional que surge de una relación laboral administrativa y con la cual se pretende cubrir un riesgo o una contingencia propia de la seguridad social, por tanto la Asignación de Retiro deberá tener en cuenta la Ley Marco en cuanto a la edad, el tiempo de servicio, el monto, el ingreso base de liquidación -factores-, el régimen de transición y demás condiciones que aseguren el reconocimiento de dicha prestación puesto que en esas condiciones la regulación de tales presupuestos o requisitos no puede ser facultad del Gobierno Nacional.

En cuanto al reajuste de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, en principio se puede decir que estos han gozado de un régimen prestacional excepcional, de conformidad con los mandatos de los artículos 217 y 218 de la Constitución Política, en virtud del cual la asignación de retiro de que gozan al cesar en el ejercicio, siempre se ha liquidado teniendo en cuenta, el principio de oscilación, esto es, teniendo en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan sobre las asignaciones del personal en actividad.

Ahora bien, 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 lo disponía el artículo 14 de la precitada norma, 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 los Decretos 1211, 1212 o 1213 de 1990, según el caso, es decir, mediante la oscilación de las asignaciones del personal de la Fuerza pública en actividad.

Principio de oscilación que operaba respecto de las asignaciones de retiro y de las pensiones que se hubiesen reconocido a los miembros retirados de las fuerzas militares o de la Policía, garantizándose que las referidas prestaciones sociales mantuvieran su poder adquisitivo, pues permitía que por lo menos recibieran el mismo incremento anual que el Gobierno Nacional hubiera dispuesto para los salarios de los miembros activos y además impedía que los beneficiarios de tales prestaciones, pudieran acogerse a otras normas que regularan temas prestacionales en otros sectores de la administración, salvo disposición en contrario.



De conformidad con lo anterior, en octubre de 1995, la Corte Constitucional profirió la Sentencia C-461 de 1995, por medio de la cual declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, consignando en dicha providencia un análisis interesante acerca de la aplicación del principio de la igualdad en el campo de las relaciones laborales, así lo expuso esa Corporación:

“... Como lo ha señalado esta Sala en casos similares al que se juzga en este proceso, las excepciones en la aplicación de las normas generales, por virtud de normas especiales que gobiernan el caso concreto, debe recurrirse sólo en tanto la norma especial resulte más favorable que el régimen general, pues de lo contrario ello implicaría que una prerrogativa conferida por una ley a un grupo de personas, se convierta en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la Ley para la generalidad.

... Ya la Corte Constitucional, sobre el establecimiento de regímenes pensionales especiales se ha pronunciado señalando, así misma, que no puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector.”

El precepto normativo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, fue extendido con la expedición de la Ley 238 de 1995, reconociendo temas concretos de la Ley 100 de 1993, tanto para los miembros de la Fuerza Pública como de la Policía Nacional, al igual que a todos los demás sectores que inicialmente habían sido exceptuados de la aplicación del comentado estatuto general. De dicha normativa se extrae que la intención del legislador fue permitir el reconocimiento de los beneficios contemplados bajo los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993, no solo respecto de la generalidad de los trabajadores, sino, además, a favor de los pensionados cobijados por regímenes de excepción que en un primer momento habían sido excluidos en forma expresa de los correspondientes derechos, quienes a partir de la Ley 238 pudieron aspirar a disfrutar del reajuste de la mesada pensional con base en el IPC certificado por el DANÉ - artículo 14 y a la denominada mesada adicional de mitad de año, artículo 142, de manera que, resulta aplicable en sus efectos al personal de la Fuerza Pública, tal como lo ha señalado el Honorable Consejo de Estado, Corporación que frente al tema ha dispuesto textualmente lo siguiente:

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

Ahora bien, la Sala solo podría dejar de aplicar una ley ordinaria posterior, especial y más favorable, según se verá más adelante, en lugar de una ley marco anterior y su decreto 1212 de 1990 que la desarrolla, bajo la condición de que aquella fuera incompatible con la Constitución Política, debido a que esa es la única hipótesis constitucional para dejar de aplicar una ley que no ha sido declarada inexecutable.



Y la Sala encuentra que la ley 238 de 1995 es más favorable para el demandante que la ley 4ª de 1992 y el decreto 1212 de 1990, porque al hacer la comparación entre los reajustes pensionales derivados del aumento de las asignaciones en actividad de los oficiales de la Policía Nacional establecidos en los decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001 y 745 de 2002 y los que resultan de la aplicación del artículo 14 de la ley 100 de 1993, se evidencia que la aplicación de este sistema de reajuste resulta ser cuantitativamente superior.

En efecto, en el caso concreto la Sala pudo establecer que al actor le resulta más favorable el reajuste de la pensión, con base en el IPC (Ley 100 de 1993), como lo demuestra el siguiente cuadro comparativo, efectuado por el Contador de la Sección Cuarta de esta corporación, según lo dispuesto en auto proferido con fundamento en el artículo 169 del C.C.A.¹ (Negrilla del Despacho).

En el año 2004, se expidió la Ley 923, “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política”, y en el artículo 3º contempló una disposición de contenido similar al que tienen los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990, respecto de los reajustes de las asignaciones de retiro y de las pensiones de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, renovando así el principio de oscilación.

Ahora bien, es importante resaltar que, la naturaleza jurídica de la Asignación de Retiro, inicialmente fue considerada por la Corte Constitucional (Sentencia C-491 de 2003), de manera distinta a la de una Pensión; sin embargo dicho criterio fue posteriormente moderado y en la sentencia C-432 de 2004, en la cual se equiparó el concepto de asignación de retiro con el de Pensión de Vejez; concepto relevante para el caso, toda vez que, parte de la discusión por la no aplicación del IPC en la reliquidación anual de la asignación de retiro, radica en que ésta, al no ser una pensión, no podría estar inmersa dentro de las posibilidades regladas por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 que sólo es aplicable en materia de pensiones.

Siendo clara la naturaleza de la asignación de Retiro en cuanto es equiparable a la pensión de vejez, cuya función es auxiliar a un servidor público que al cesar en sus labores pueda recibir un pago económico para su congrua subsistencia, es posible afirmar que las normas que regulen aspectos sobre el tema de pensiones, que de alguna manera, se hagan extensivas a pensionados sometidos a regímenes especiales, deben aplicarse también a los miembros retirados de las fuerzas militares y de la policía que gocen de asignación de retiro.

¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. CP Jaime Moreno García. Sentencia 17 de mayo de 2007. Radicación 25000-23-25-000-2003-08152-01(8464-05)



Por tanto, la Ley 238 de 1995, permite que las pensiones descritas y reconocidas bajo el imperio de normas especiales, se puedan incrementar en la forma consagrada en los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993, circunstancia en la que se encuentran los miembros de la fuerza pública retirados, y por ende este beneficio debe ser reconocido a favor de éstos, toda vez que nos encontramos frente a normas más favorables.

Al poco tiempo de haberse proferido la Ley 923 de 2004, se expidió el Decreto 4433 de 2004 "Por medio del cual se fija el régimen pensional y de oscilación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública"; con la entrada en vigencia de esta norma, es necesario reiterar y destacar que el principio de oscilación, se encuentra en pleno vigor respecto del personal de la fuerza pública que se encuentre devengando asignación de retiro o pensión militar o policial, luego de aquí en adelante el reajuste de las asignaciones de retiro no puede ser inferior al IPC.

Corolario de lo anterior, tenemos que a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995, el grupo de pensionados de los sectores excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993, sí tienen derecho a que se les reajuste sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, pues el principio de favorabilidad, que es de rango Constitucional (Art. 53 C.P), regulado también expresamente por el inciso 2º del artículo 36 del Decreto 4433 de 2004, permite que sea el propio afectado de la decisión atacada de ilegalidad, quien opte por lo que considere más favorable a sus propios intereses o derechos, pues hace parte de su autonomía de la voluntad y de su derecho a la libertad. No le corresponde a la entidad demandada, ni al propio Juez, cuando de derechos laborales se trate, que no sean de orden irrenunciable, suplantar al demandante.

Finalmente tenemos que el Consejo de Estado, en Sentencia del Veintisiete (27) de Enero de Dos Mil Once (2011).- Radicación número. 20000-2015-000-2007-00141-01(1479-09), C.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, señaló que es viable reconocer el derecho de los miembros retirados de la Fuerza Pública o sus beneficiarios, el incremento de la asignación de retiro como de las pensiones conforme al Índice de Precios al Consumidor, pero solo hasta la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, que una vez más estableció el principio de oscilación para el incremento de las asignaciones de retiro y pensiones. En todo caso, y de haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción, se dará aplicación al mismo.

En el mismo contorno, precisó que como quiera que la base pensional se ha modificado, con ocasión de la aplicación del IPC, es claro que necesariamente este incremento incida en los pagos futuros y por ende mal puede establecerse limitación alguna, cuando este incremento no se agota en un tiempo determinado.



3.2 DEL CASO CONCRETO:

Se encuentra probado en el expediente que la demandante ANA MARÍA LAVADO DE FERNÁNDEZ, le fue reconocida sustitución de la asignación de retiro, mediante Resolución No. 6830 del 6 de septiembre de 1989, en su calidad de cónyuge superviviente del sargento viceprimero BUENAVENTURA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ (fl.20).

Que por escrito radicado el 5 de febrero de 2015, la parte actora solicita el reajuste de su asignación de retiro, en aplicación al artículo 14 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta la escala porcentual del Índice de Precios al Consumidor, para los años 1997 en adelante (fl. 17).

La Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional, mediante el oficio OFI15-10757 MDNSGDAGPSAP del 17 de febrero de 2015 (acto acusado), negó el reajuste solicitado, argumentando que el Gobierno ha implementado una política de conciliación para el reconocimiento de lo solicitado por la aquí demandante, razón por la cual sería «correcto manifestar que no es procedente atender (la) solicitud en sede administrativa» y le afirma que «si es de su interés me permito informarle que deberá, a través de apoderado proceder a radicar solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación» (folio 18-19).

Es de anotar que revisado el asunto materia de debate, este ya ha sido objeto de estudio por el Consejo de Estado, en sentencias como las siguientes:

- Sentencia de fecha 17 de mayo de 2007, con radicación No 8464-05, línea jurisprudencial retomada en las sentencia de 11 de junio de 2009, con ponencia del Dr. Victor Hernando Alvarado expediente No 1091-08.
- En la del 04 de marzo de 2010 con ponencia del Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, expediente No. 0474-09;
- Del Dr. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, de fecha 10 de febrero de 2011, expediente No. 2075-09.
- En la del Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE, de fecha 15 de noviembre de dos mil doce 2012, con expediente No. 0907-11,
- La del Dr. ALFONSO VARGAS RINCON, de fecha 1 de marzo de dos mil doce (2012), expediente No. 1039-11, entre otras.

Entonces, de conformidad con la jurisprudencia en cita, la asignación de retiro que devenga la demandante, debía reajustarse con base en el Índice de Precios al Consumidor; conclusión a la que llega esta instancia, atendiendo los mandatos de la Ley 238 de 1995 y de la aplicación del principio de favorabilidad en materia laboral, dado que en el asunto es más favorable para el accionante en la referida Ley, que en la Ley 4ª de 1992 y en el Decreto



Ley 4433 de 1994, porque si se hace la comparación entre los reajustes pensionales derivados del aumento de las asignaciones en actividad en los Decretos anuales aplicados a cada caso y los que resultan de la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, esto es del IPC, se evidencia si realmente la aplicación de este sistema de reajuste resulta ser cuantitativamente superior.

En el caso, vemos que según los decretos expedidos por el gobierno nacional y las liquidaciones de los aumentos aplicados la pensión de la demandante², desde el año 1997 a 2004 establece el aumento de la asignación de retiro en el grado de Sargento Viceprimero (fallecido), porcentajes que al compararlos con el IPC certificado por el DANE, arrojan lo siguiente:

DIFERENCIA PORCENTUAL

AÑO	DECRETO	INCREMENTO RECIBIDO	I.P.C. AÑO ANTERIOR
1997	122 DE 1997	23,40%	21.63 %
1998	058 DE 1998	19,75%	17.68%
1999	062 DE 1999	14,91%	16.70%*
2000	2724 DE 2000	9,23%	9.23%
2001	2737 DE 2001	8,00%	8.75%*
2002	745 DE 2002	6,00%	7.65%*
2003	3552 DE 2003	6,41%	6.99%*
2004	4158 DE 2004	5,45%	6.49%*

(*) Periodos en los que el porcentaje del IPC ha sido superior al incremento realizado.

De lo anterior, se precisa que la entidad demandada NO ha efectuado los reajustes de la asignación de retiro de conformidad con los Decretos anuales que expidió el Gobierno Nacional; razón por la cual, en efecto se observa que la asignación de retiro de la accionante ANA MARÍA LAVADO DE FERNÁNDEZ, debe reliquidarse con fundamento en el índice de Precios al Consumidor tal como lo establece la Ley 100 de 1993, para los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004; pues se deduce de la anterior confrontación, que para estos años fue inferior el aumento aplicado a la actora, comparado con el reconocido por el DANE, razón por la que este Despacho advierte la procedencia de declarar la nulidad del Acto Administrativo demandado por encontrarlo ilegal y en consecuencia ordenará el reajuste de su asignación con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor como lo establece la Ley 100 de 1993, que evidencian la diferencia porcentual reconocida.

² Fl. 162.



Con respecto al incremento de la asignación de retiro a futuro, el máximo Tribunal de lo contencioso administrativo en un caso de similares contornos, en aquella ocasión estimó que:

“Entonces, dada la naturaleza de la Asignación de Retiro, como una prestación periódica, es claro que el hecho de que se haya accedido a la reliquidación de la base con fundamento en el IPC, hace que tal 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 si deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores.

Así las cosas, esta Sala habrá de precisar que como quiera que la base pensional se ha modificada desde 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”³

Se observa que lo sucedido en el caso tratado por el Honorable Consejo de Estado es precisamente lo que acontece en el sub examine, pues, se reitera, que a la parte demandante le asiste el derecho a que la asignación que recibe sea reajustada, con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor, lo que implica, que se modifique la base de dicha prestación, por tanto, se evidencia que el incremento resultante va a incidir en los pagos futuros, aun en aquellos posteriores al año 2004, por lo que, tal como lo señala el precedente anterior, mal podría hablarse de limitación temporal del mismo, atendiendo a que la reliquidación de un periodo anual afecta el siguiente periodo y de no señalarse así, la reliquidación de la Asignación de Retiro para los demás años, se verá disminuida al siguiente periodo.

Corolario del sustento jurisprudencial invocado, es que podemos afirmar que necesariamente el incremento incide en los pagos futuros, por lo que mal podría establecerse limitación alguna, cuando éste no se agota en un tiempo determinado y procede el pago sobre todo lo adeudado. En consecuencia, así deberá ser reconocido.

Pretensión que a juicio de esta instancia, no es otra que la de traer a valor presente la operación aritmética de reajuste de la asignación de retiro ordenada hasta 31 de diciembre de 2004, con las consecuencias obvias que implican el acrecentamiento de la mesada hasta esa fecha y el restablecimiento de ese desequilibrio en su poder adquisitivo, ordenando su reliquidación hasta la solicitud realizada por el actor en sede administrativa y/o judicial.

Así entonces, reconocer la incidencia de tal operación en los pagos futuros, no es otra cosa, que aplicación a la **pretensión de corrección del derecho**⁴, que ampara a la justicia y que

³ Sentencia de fecha 27 de enero de 2011, expediente No. 1479-09, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁴ ROBERT ALEXY “La Institucionalización de la Justicia”. Ed. Comares, Granada 2005. “...se encuentra la tesis de que el derecho formula una pretensión de corrección o de justicia.” Pág. 31”...solo queda la posibilidad de vincular la pretensión de corrección con aquellos sujetos que intervienen en y para el derecho, creándolo, interpretándolo, aplicándolo e imponiéndolo”. Pág. 32. “El carácter objetivo u oficial resulta



restablece la equidad, aprovechando la concepción material de la argumentación⁵, y dentro de ella, el razonamiento práctico⁶, de razones sustantivas, al precisar que “*la actuación de buena fe se predica en igualdad de condiciones de los particulares y del Estado (Art. 83 C.P)*”, pues de nada sirve para el ex miembro de la fuerza pública, que reclama el incremento de la asignación de retiro en aquellos períodos en los que el mismo fue inferior al incremento del IPC del año anterior, si el mismo solo se da hasta el año 2004, pues de ahí en adelante se continua haciendo evidente la disminución de la capacidad adquisitiva del demandante con su pensión, al no ordenarse que dichos valores incidan de forma cíclica y a futuro en su base pensional.

Bajo esta misma óptica, el Tribunal Administrativo de Boyacá⁷, en términos similares a los antes expuestos, afirmó lo siguiente:

“Como puede verse, no es cierto que el A – que haya negado el reajuste a partir del año 2003, como erradamente lo afirma el recurrente, pues es claro el aumento conforme al I.P.C., se ordenó en cuanto a todos los periodos pretendidos, esto es, con respecto a los años 1997, 1999, 2002 y 2004, siempre que en tales tiempos dicho incremento hubiese resultado más favorable. De esta manera, puede afirmarse que el reconocimiento ordenado en cuanto a este aspecto, se encuentra ajustado a derecho, pues como se indicó en líneas anteriores es procedente realizar el reajuste a la asignación de retiro con base en el IPC, en el periodo comprendido entre el 26 de diciembre de 1995 (fecha en que fue promulgada la Ley 238) y el 31 de diciembre de 2004 (por expresa regulación del sistema de oscilación en la Ley 923 de 2004), para aquellos períodos en los que el incremento del IPC haya sido superior a lo ordenado por el Gobierno Nacional para la fuerza pública en aplicación del principio de oscilación”.

3.2.1. LA PRESCRIPCIÓN DE MESADAS PENSIONALES:

En criterio de la Entidad demandada, se propuso como excepción LA PRESCRIPCIÓN CUATRIENAL DEL REAJUSTE PENSIONAL DEL IPC, la cual se sustentó en que como quiera que la parte demandante radicó el 05 de febrero de 2015, la petición que dio origen al acto administrativo demandado, es claro que se debe tener en cuenta este término, como la petición que interrumpe el término prescriptivo.

Ahora, a fin de determinar el **periodo de pago** el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, establece un término de prescripción trienal, el Consejo de Estado, mediante sentencias de 4 de septiembre de 2008, Sección Segunda, con ponencia del Dr. Gustavo Eduardo Gómez

patente en el caso del Juez, quien formula la pretensión de corrección como representante del sistema jurídico.” Pág. 33;

⁵ Bien sabido es, que existen varios tipos de argumentación jurídica: formal, material pragmática o dialéctica. Dentro de la concepción material de la argumentación, se encuentra el “Razonamiento Práctico”, compuesto por varias clases de razones: sustantivas, autoritativas, factuales, críticas. A su vez las Razones sustantivas son de varias clases: **de corrección, finales e institucionales.** (Summers; Nino; Dworkin).

⁶ Esto es, la deliberación práctica, la técnica consistente en construir y confrontar entre si las razones para llegar a una determinada decisión (Summers, analizado por Manuel Atienza, en su libro “Las Razones del Derecho, Ed. UNAM, 2003, pag 224 y ss).

⁷ En sentencia del 26 de junio de 2014. Sala de Decisión No. 12 Radicado: 15001333100320120005601. M.P Dra Carol Liceth Cárdenas López



Aranguren dentro del proceso No - 25000 23 25 000 2007 00107 (0628-08), y en sentencia del 26 de marzo de 2009 expediente N° 2329-08, determinó que el Presidente de la República, al expedir el mencionado acto excedió los términos de la Ley 923 de 2004, por lo que el término de prescripción a aplicar, es el establecido en los decretos 1211,1212 y 1213 de 1990, (cuatrienal), esto es, que los derechos prestacionales consagrados, prescriben en cuatro años, que se contarán desde la fecha en que se hagan exigibles, y el reclamo escrito recibido por autoridad competente, sobre un derecho interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

Entonces, en el caso, advierte el Despacho, que le asiste razón a la parte demandada, teniendo en cuenta que la presentación de la solicitud realizada por la accionante data del **cinco (05) de febrero de dos mil quince (2015)**, por lo que la fecha que se tendrá en cuenta para el conteo de la prescripción de mesadas será desde esta fecha, por lo que se determina que se encuentran prescritas las **diferencias de reajustes causadas con anterioridad al 05 de febrero de 2011, por operar el fenómeno jurídico de la prescripción.**

3.2.2. DEL REAJUSTE CÍCLICO Y FUTURO DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO.

En efecto, pese a la decisión de prescripción, esta Instancia no pasa por alto que cualquier reajuste que se ordene en relación con alguno de los años donde es posible aplicar el Incremento del I.P.C., incide necesariamente en la asignación de retiro que percibe la demandante aún a la fecha, pues el reajuste en un período determinado, afecta automáticamente los períodos subsiguientes.

En consecuencia, es procedente que se reliquide la asignación de retiro en cuanto a los periodos futuros, hasta la fecha solicitada en Sede Administrativa y Judicial, atendiendo el reajuste anual que se derive frente al incremento que proceda con base en el I.P.C. en el caso en concreto.

Contrario sensu, el reajuste hacia futuro o el limite a su aplicación únicamente a 31 de diciembre de 2004, implica una interpretación restrictiva a lo señalado por el Consejo de Estado, lo que a la postre repercutiría en una disminución de la asignación de retiro, en tanto se tendría como base una asignación disminuida a la que realmente en el tiempo corresponde.

Así lo precisó el Consejo de Estado en providencia de 27 de enero de 2011, al señalar que el incremento que se efectuó frente a un período afecta de manera cíclica y hacia futuro, la asignación de retiro percibida por el demandante:



“Entonces, dada la naturaleza de la asignación de retiro, como una prestación periódica, es claro que el hecho de que se haya accedido a la reliquidación de la base con fundamento en el I.P.C., hace que tal monto se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro de manera ininterrumpida, pues como se ha precisado en anteriores oportunidades⁸ las diferencias reconocidas a la base pensional sí deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores.

Así las cosas, esta Sala habrá de precisar que como quiera que la base pensional se ha ido modificando desde 1997, con ocasión de la aplicación del I.P.C., 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.

*En consecuencia, se modificará el numeral 4º de la providencia objeto de estudio, en el sentido de ordenar que las diferencias que resulten con ocasión de la aplicación del índice de precios al consumidor sean utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores, según sea el caso”.*⁹ (Subraya el Despacho)

Como corolario del sustento jurisprudencial invocado, se puede afirmar que necesariamente el incremento incide en los pagos futuros, por lo que mal podría establecerse limitación alguna, cuando este no se agota en un tiempo determinado y procede el pago sobre todo lo adeudado. En consecuencia, así debe ser reconocido en cada caso.

En suma, el hecho de que los valores causados con anterioridad al año 2011, se encuentren afectados por el fenómeno de la prescripción, no implica que no pueda ordenarse el reajuste de la asignación de retiro conforme al I.P.C., durante los años que este porcentaje haya sido superior al ordenado por el Gobierno Nacional, así como tampoco, impide que se reconozcan las diferencias futuras que no hayan extinguido por el paso del tiempo.

3. CONCLUSIÓN:

Teniendo en cuenta el anterior esbozo, este Despacho concluye que declarará la nulidad del acto objeto de enjuiciamiento y ordenará a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - GRUPO DE PRESTACIONES SOCIALES, que proceda a reajustar anualmente la asignación de retiro que percibe la parte demandante, con base en el I.P.C. del año inmediatamente anterior, en lo relativo a los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, de la base pensional que en todo caso deberá actualizarse año por año hasta la fecha en que se verifique el reconocimiento efectivo del derecho..

Así mismo, se ordenará el reconocimiento y pago de las diferencias que resulten entre las mesadas efectivamente devengadas por la demandante y aquellas que debían cancelarse conforme a la reliquidación que se ordena en esta sentencia, con efectos fiscales a partir del 05 de febrero de 2011, en atención a la prescripción cuatrienal.

⁸ Sentencia N° 25000 23 25 000 2008 00798 01 (2061-09) Actor Lucía Sánchez de Manrique. Magistrado Ponente Víctor Hernando Alvarado.

⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Subsección “A”. Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Sentencia de 27 de enero de 2011. Radicación No. 25000-23-25-000-2007-00141-01. Dte. JAVIER MEDINA BAENA. Ddo. CAJA DE SUELDO DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL.



Las sumas que se cancelen se ajustarán tomando como base el índice de precios al consumidor, de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del C.P.A.C.A., acudiendo para ello a la siguiente fórmula:

$R = R.H \times \text{índice final} / \text{Índice inicial}$, esto es, el valor presente (r) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), **que es la correspondiente mesada pensional**, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

• **COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:**

Atendiendo lo contemplado en el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P, como quiera prosperó la excepción planteada, el despacho impone No condenar en costas a la parte vencida, esto es la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - GRUPO DE PRESTACIONES SOCIALES**, y acogiendo la reciente sentencia del Consejo de Estado de fecha 7 de abril de 2016, NI 1291-2014, Sección 2 subsección A. Dr. WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, que señala el criterio objetivo de valoración para la condena en costas.

• **OTRAS DETERMINACIONES**

Para finalizar, se ordenará que la presente sentencia se notifique en los términos del artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en concordancia con lo dispuesto en el artículo 295 del Código General del Proceso; el cual conforme al precedente jurisprudencial establecido por el Consejo de Estado (Autos del 28 de Abril de 2014 (N.I. 50.572), del 15 de Mayo de 2014 (N.I. 44.544) y de unificación de 25 de junio de 2014 (N.I. 49.299), M.P. Dr. Enrique Gil Botero), empieza a regir desde el 1 de Enero del año en curso para la jurisdicción Contenciosa Administrativa.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR PROBADA, la excepción propuesta por la parte Demandada **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - GRUPO DE PRESTACIONES SOCIALES**,



denominada **PRESCRIPCIÓN CUATRIENAL DEL REAJUSTE PENSIONAL DEL IPC**, lo anterior de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR la Nulidad del **Oficio N° OFI-10757 MDNSGDAGPSAP del 17 de febrero de 2015**, proferido por la Coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional.

TERCERO: ORDENAR a la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - GRUPO DE PRESTACIONES SOCIALES**, Reliquidar la Asignación de Retiro que percibe el señor **ANA MARÍA LAVADO DE FERNÁNDEZ**, identificada con C.C. No. 21.225.052 de Villavicencio, con base en el Índice de Precios al Consumidor I.P.C, que le fue más favorable de los años 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, reajuste que implica de ahí en adelante que la base de dicha prestación se modificará para los años sub siguientes, lo anterior, por la razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR a la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - GRUPO DE PRESTACIONES SOCIALES**, a título de restablecimiento del derecho, a pagar al señor **ANA MARÍA LAVADO DE FERNÁNDEZ**, el valor de las diferencias causadas en las mesadas de su Asignación de Retiro como consecuencia del reajuste ordenado en el numeral anterior, pero con efectos fiscales a partir del **05 de febrero de 2011**, en atención al fenómeno de la prescripción, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: Las sumas que resulten a favor de la parte demandante, se ajustarán tomando como base el índice de Precios al Consumidor, de conformidad con lo reglado en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, atendiendo para ello los parámetros señalados en la parte motiva de esta providencia y aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Así mismo devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de ésta providencia, atendiendo lo previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: No hay lugar a condena en costas

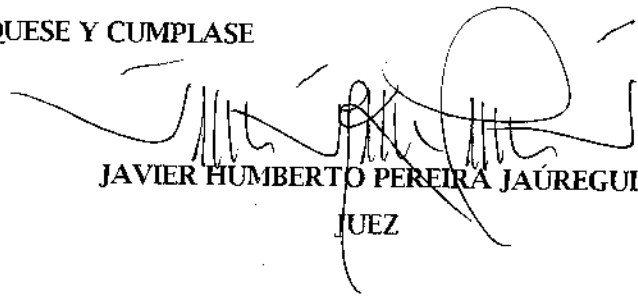
OCTAVO: Notifíquese esta providencia en los términos del artículo 203 del CPACA en concordancia con lo dispuesto en el artículo 205 del Código General del Proceso, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad: 2015-00065
SENTENCIA

NOVENO: En firme esta providencia por secretaria remítanse las comunicaciones de que tratan el inciso final del art. 192 del C.P.A.C.A

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



JAVIER HUMBERTO PEREIRA JAUREGUI
JUEZ

JUZGADO CATORCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE TUNJA

El fallo anterior se notificó por Estr. lo N° 25 de HOY
~~10~~ 10 MAY 2017 a las 8:00 A.M.

SECRETARIA