



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"**

Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., diecinueve (19) de enero de dos mil quince (2015).

Radicación No: 17001 23 33 000 2013 00041 01 (3447-2013)
Actor: ÉDGAR ANTONIO VILLAMIL JARAMILLO
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
APELACIÓN SENTENCIA – AUTORIDADES NACIONALES

Conoce la Sala, del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida dentro de la audiencia celebrada el dieciocho (18) de julio de dos mil trece (2013) por el Tribunal Administrativo de Caldas, que declaró probada de oficio la excepción de prescripción frente a la reclamación de reajuste de la asignación de retiro con base en el IPC y, en consecuencia, denegó las pretensiones de la demanda presentada por ÉDGAR ANTONIO VILLAMIL JARAMILLO contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

I. ANTECEDENTES

1. LA ACCIÓN

El ciudadano ÉDGAR ANTONIO VILLAMIL JARAMILLO, abogado en ejercicio, actuando en causa propia, en ejercicio del medio de control consagrado por el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, presentó demanda ante la jurisdicción con el fin de obtener la nulidad del **Oficio No. 15665 del 12 de mayo de 2008**, suscrito por el Subdirector de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, que le negó el reajuste de su asignación de retiro a partir del año 1997

Radicación No: 17001 23 33 000 2013 00041 01 (3447-2013)

Actor: ÉDGAR ANTONIO VILLAMIL JARAMILLO

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

hasta la fecha de presentación de su solicitud¹, con base en la variación del índice de precios al consumidor.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó el reajuste de su mesada de retiro con base en el IPC certificado por el DANE desde el año de 1997, junto con el pago de la diferencia entre lo que se pagó y lo que debió pagarse, debidamente indexado².

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Señaló el demandante que prestó sus servicios en el Ejército Nacional y, cuando ostentaba el grado de Teniente Coronel, le fue reconocida su asignación de retiro, mediante la Resolución No. 026 del 13 de enero de 1994 en un porcentaje del 74% de las partidas computables, la cual fue incrementada mediante la Resolución No. 069 con la inclusión de la prima de Estado Mayor.

Que desde que 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.

Que mediante escrito radicado con el No. 24652 del 28 de abril de 2008³ solicitó el reajuste con base en la variación del índice de precios al consumidor desde el año 1997, según los términos de la ley, petición que fue desestimada por la entidad demandada.

3. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Invoca la parte actora como violadas las disposiciones contenidas en los artículos 13, 48 y 53, y 58 de la Constitución Política, planteando como concepto de violación el hecho según el cual los aumentos que se efectuaron a su asignación de retiro por disposición del Gobierno Nacional, se realizaron por debajo de la variación porcentual del índice de precios al consumidor, por lo que su mesada de

¹ 29 de abril de 2008.

² Folios 1 a 3 del expediente.

³ Copia que obra a folios 30 a 32.

Radicación No: 17001 23 33 000 2013 00041 01 (3447-2013)

Actor: **ÉDGAR ANTONIO VILLAMIL JARAMILLO**

Demandado: *Caja de Retiro de las Fuerzas Militares*

retiro se ha visto disminuida frente a otras de la misma naturaleza y condiciones, recibiendo, en consecuencia, un trato discriminatorio a sus derechos.

Precisó que el reajuste solicitado está encaminado a devolverle la capacidad adquisitiva a la asignación de retiro del actor y que tal derecho no caduca por tratarse de prestaciones periódicas que pueden reclamarse en cualquier tiempo.

Reclamó la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad respecto del principio de oscilación establecido en el Decreto 1211 de 1990, ya que en eventos en que el incremento del índice de precios al consumidor ha sido superior al incremento establecido por el Gobierno Nacional para las asignaciones del personal activo de la Fuerza Pública, ha llevado a que su mesada de retiro pierda poder adquisitivo de manera constante a través de los años.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a través de apoderada judicial, dio contestación a la demanda de manera extemporánea⁴.

II. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Caldas, mediante providencia dictada en audiencia pública celebrada el 18 de julio de 2013, de oficio declaró probada la excepción de prescripción extintiva del derecho frente a la reclamación del reajuste de la asignación de retiro con base en el IPC y denegó, en consecuencia, las pretensiones de la demanda⁵.

Hizo referencia el *a quo* en su motivación a la adición introducida al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, por la Ley 238 de 1995, para colegir que a partir de allí, los

⁴ La notificación se surtió el día 1 de marzo de 2013, cuyo término de traslado venció el 12 de abril del mismo año y la respuesta fue presentada el 24 de junio siguiente (fls. 60, 61 y 64).

⁵ Acta de la audiencia pública que obra a folios 92 a 94, remitida igualmente en medio magnético (CD – fl. 118) en la cual se dio lectura a la sentencia escrita que se anexó a la misma, obrante a folios 95 a 101, cuya motivación se aprecia en la grabación en el lapso comprendido entre los minutos 24:21 a 43:47.

Radicación No: 17001 23 33 000 2013 00041 01 (3447-2013)

Actor: ÉDGAR ANTONIO VILLAMIL JARAMILLO

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

regímenes exceptuados tienen el mismo derecho a que se les aplique las prerrogativas consagradas en los artículos 14 y 142 de la mencionada Ley 100 en cuanto a los reajustes anuales de las pensiones de vejez, jubilación, invalidez, sustitución o sobrevivientes, de conformidad con la variación porcentual del índice de precios al consumidor, así como las mesadas adicionales sobre tales prestaciones, explicando que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995, los miembros de la Fuerza Pública fueron beneficiados con el reajuste pensional con base en la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE, consagrado en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y la mesada catorce en los términos del artículo 142 de la norma.

Que el incremento anual con base en el IPC se efectúa a partir de los años subsiguientes a la expedición de la Ley 238 de 1995 y hasta cuando se expidió el Decreto 4433 de 2004, por el que se fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, cuyo artículo 42 reformó y equilibró nuevamente el sistema de oscilación de las asignaciones de retiro.

Analizó, mediante cuadro comparativo⁶ y con sustento en prueba obrante en el expediente, que el incremento aplicado a las asignaciones de retiro del personal de las Fuerzas Militares en los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 fue inferior al porcentaje de variación del índice de precios al consumidor, para concluir que *“...en principio, tendría derecho a que se le reconociera y se le liquidara desde el año 1997 hasta el 31 de diciembre del año 2004...”*.

Empero, no obstante advertir las condiciones favorables para las súplicas de la demanda, concluyó que el derecho del ciudadano ÉDGAR ANTONIO VILLAMIL JARAMILLO no podría ampararse en razón de haberse configurado la prescripción extintiva en los términos señalados por el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, ya que, por fuerza de la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004, que revivió el principio de oscilación para el incremento con base en el IPC, cuyos efectos se surten a partir del 31 de diciembre del mismo año, a partir de allí debía contarse el lapso de 4 años para su reclamación, circunstancia que no se cumplió ya que, habiendo interrumpido por una vez el plazo allí previsto, con la presentación de la solicitud en el mes de abril de 2008, la demanda tan solo fue instaurada hasta el 8 de diciembre de 2012, superando de esta forma el término de 4 años.

6 Folio 98 vto.

Radicación No: 17001 23 33 000 2013 00041 01 (3447-2013)

Actor: ÉDGAR ANTONIO VILLAMIL JARAMILLO

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

Concluyó su decisión el *a quo* imponiendo condena en costas a cargo de la parte actora, por aplicación del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, tasando las agencias en derecho a favor de la parte demandada en suma de dinero que cuantificó en \$1.500.000.oo.

No obstante haberse proferido la sentencia en audiencia pública, el Tribunal de conocimiento dispuso su notificación en forma escrita, mediante la fijación del correspondiente edicto, en los términos del artículo 203 *ibídem*, sin dar oportunidad a los intervinientes en la misma de hacer cualquier manifestación al respecto.

III. LA APELACIÓN

La parte demandante, mediante escrito presentado dentro del término previsto por el artículo 247 del C.P.A.C.A., presentó impugnación de la aludida sentencia reclamando su revocatoria, al considerar que el Tribunal Administrativo de Caldas desconoció el precedente jurisprudencial sentado por esta Corporación, en materia del reajuste a que tienen derecho todas las personas que, como el demandante, vienen recibiendo una asignación de retiro como ex servidor de las Fuerzas Militares, ya que, glosando apartes de algunas providencias sobre el mismo tema que aquí se ventila, el Consejo de Estado tiene definido en reiterada jurisprudencia de las subsecciones de la sección segunda que “...*El derecho a la pensión y sus reajustes no prescribe; lo que prescribe es el pago de las mesadas*”, dando aplicación al índice de precios al consumidor en los años en que el incremento solicitado fue inferior a tal porcentaje, dejando en claro que, por tratarse de un derecho de rango constitucional, puede ser objeto de reclamo en cualquier tiempo dada su imprescriptibilidad.

IV. EL TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Admitida la alzada y dispuesto el traslado para alegaciones mediante providencia del 25 de junio de 2014⁷, tan sólo la parte actora se pronunció para reiterar, en síntesis los mismos planteamientos contenidos en el escrito de impugnación, esto

⁷ Folio 150.

Radicación No: 17001 23 33 000 2013 00041 01 (3447-2013)

Actor: ÉDGAR ANTONIO VILLAMIL JARAMILLO

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

es, la imprescriptibilidad del derecho al reajuste de su asignación de retiro, por ser de naturaleza constitucional⁸.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agente del Ministerio Público, dentro del término legal, emitió su concepto para reclamar la revocatoria de la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, precisando que al demandante le asistía todo el derecho a reclamar el reajuste de su asignación de retiro, por lo que la prescripción tan sólo afectaba el valor de las mesadas causadas con antelación al 19 de abril de 2004, aplicando la prescripción cuatrienal prevista por la ley⁹, ya que la petición en sede gubernativa la había presentado el 19 de abril de 2008.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

VI. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO.

En el presente caso se trata de dilucidar si el demandante tiene derecho al reajuste de la asignación de retiro con base en la Ley 238 de 1995 que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, esto es, con base en el índice de precios al consumidor del año inmediatamente anterior, certificado por el DANE, desde el año 1997, pese a la ocurrencia del fenómeno de la prescripción de las diferencias de las mesadas no reclamadas.

De igual manera, deberá verificar si el fenómeno de la prescripción cuatrienal, afecta diferencias de mesadas de la asignación de retiro causadas con posterioridad al 31 de diciembre de 2004.

2. DEL ASUNTO A RESOLVER.

⁸ Escrito de alegaciones visible a folios 160 a 165.

⁹ Concepto que obra a folios 166 a 169.

Radicación No: 17001 23 33 000 2013 00041 01 (3447-2013)

Actor: ÉDGAR ANTONIO VILLAMIL JARAMILLO

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

Con vista en el expediente y en los documentos que integran el acervo probatorio, queda claro lo pretendido por el ciudadano ÉDGAR ANTONIO VILLAMIL JARAMILLO, es obtener la reliquidación de su asignación de retiro reconocida mediante la Resolución No. 026 del 13 de enero de 1994, aplicando el porcentaje más favorable entre el incremento decretado por el Gobierno Nacional a los miembros activos de la Fuerza Pública y la variación del índice de precios al consumidor, aplicando para el reajuste pensional lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, en las mesadas causadas a partir de 1997 y, que se paguen las diferencias resultantes entre la reliquidación solicitada y lo pagado, hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado¹⁰.

El Tribunal Administrativo de Caldas, luego de realizar el análisis pertinente sobre las reclamaciones del accionante y el material probatorio vertido al expediente, llegó a la conclusión que, en efecto, de acuerdo a la adición introducida al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, por la Ley 238 de 1995, a partir de allí, los regímenes exceptuados, como el de los militares, tienen el mismo derecho a que se les aplique lo consagrado en los artículos 14 y 142 de la mencionada Ley 100, en cuanto a los reajustes anuales de las asignaciones de retiro, de conformidad con la variación porcentual del índice de precios al consumidor, así como las mesadas adicionales sobre tales prestaciones.

No obstante, consideró que el incremento anual con base en el IPC debía efectuarse a partir de los años subsiguientes a la expedición de la Ley 238 de 1995 y hasta cuando se expidió el Decreto 4433 de 2004 por el que se fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, cuyo artículo 42 reformó y equilibró nuevamente el sistema de oscilación de las asignaciones de retiro; en consecuencia, como el demandante solicitó el reajuste de la asignación de retiro con base en el IPC hasta el año 2008 – abril de 2008 – y formuló su demanda cuando ya había transcurrido más de 4 años – 8 de noviembre de 2012-, debía declararse la prescripción de los derechos no reclamados y negarse las pretensiones de la demanda.

Es precisamente, en este aspecto que radica la inconformidad del apelante, quien señala que por parte del *a quo* se incurre en un yerro fundamental al desconocer

¹⁰ Ver texto de la demanda y del derecho de petición, folios 1 a 3 y 30 a 32.

Radicación No: 17001 23 33 000 2013 00041 01 (3447-2013)

Actor: **ÉDGAR ANTONIO VILLAMIL JARAMILLO**

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

que la prescripción debe recaer sobre las diferencias en las mesadas no reclamadas, contrario al derecho al reajuste de la asignación de retiro que no prescribe, de acuerdo a claros preceptos constitucionales y legales y a la línea que sobre el tema ha establecido esta Corporación.

Así pues, como no es materia de controversia que al actor le sea mas favorable el reajuste de su asignación de retiro en lo que refiere concretamente a los incrementos realizados a los años 1997, 1999, 2001 a 2004 por fuerza de las previsiones del artículo 14 de la Ley 100 de 1993¹¹, aplicable a los miembros de la Fuerza Pública, en virtud de la Ley 238 de 1995, tema que ha sido objeto de numerosos pronunciamientos de ésta Corporación¹², no se referirá la Sala en esta oportunidad sobre tal aspecto. Empero, lo que sí hace parte del debate son los efectos que el *a quo* le atribuyó al fenómeno de la prescripción al negar la totalidad de las pretensiones de la demanda, aspecto éste que abordará la Sala, dada la implicación para el derecho sustancial del demandante.

Resulta necesario precisar que el tema objeto de debate ha sido catalogado como de rango constitucional, pues concierne al derecho de los pensionados a mantener el poder adquisitivo constante de su mesada pensional o asignación de retiro¹³. Derecho que además de estar consagrado expresamente en los artículos 48 y 53 de la Carta Política de 1991, puede derivarse de una interpretación sistemática de distintos enunciados normativos contenidos en la Constitución Política.

¹¹ Así se colige por la comparación entre el incremento porcentual efectuado por el Gobierno Nacional y la variación del IPC (hecho notario) certificado por el DANE durante los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

¹² Consejo de Estado, Subsección "A", Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, 27 de enero de 2011, Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00141-01(1479-09), Actor: Javier Medina Baena; Sentencia de 11 de junio de 2009, Subsección B, Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00718-01(1091-08), Actor: Carlos Arturo Hernández Cabanzo; sentencia de 4 de marzo de 2010 de la Subsección "A", Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, expediente radicado con el No. 25000-23-25-000-2007-00240-01(0474-09), Actor: Luis Eduardo Bustamante Rondón;

¹³ Como es sabido, la asignación de retiro es una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez. Así lo ha sostenido la Corte Constitucional en sentencia C- 432 de 2004:

"Es una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de un cierto grado de especialidad (en requisitos), atendiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce. Se trata, como bien lo afirman los intervinientes, de establecer con la denominación de "asignación de retiro", una pensión de vejez o de jubilación para los miembros de la fuerza pública, en la medida que el resto del ordenamiento especial de dichos servidores públicos, se limita a regular las pensiones de invalidez y sobrevivientes"

Radicación No: 17001 23 33 000 2013 00041 01 (3447-2013)

Actor: **ÉDGAR ANTONIO VILLAMIL JARAMILLO**

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

Es propicio traer a colación que el Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 Superior, dispuso que “Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, **congelarse** o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho” (resalta la Sala). Por otra parte, el artículo 53 constitucional señala que el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

De estos los citados apartes normativos se desprende claramente un derecho constitucional cuyo contenido comprende **(i)** el pago oportuno de las mesadas pensionales, **(ii) su reajuste periódico. (iii) No congelar su valor** o **(iv)** no reducirlas. Igualmente para la configuración del derecho constitucional de los pensionados al mantenimiento del poder adquisitivo de la mesada pensional resultan también relevantes principios y derechos fundamentales consagrados en la Carta de 1991, algunos de los cuales encuentran aplicación específica en el derecho laboral, como el principio **in dubio pro operario** (art. 48 de la C.P.), mientras que otros son principios fundantes del Estado Colombiano, que tienen vigencia en todos los ámbitos del derecho y deben guiar la actuación de los poderes públicos y de los particulares, tales como el principio de Estado social de derecho -art. 1 CP-, la especial protección constitucional a las personas de la tercera edad -art. 46 de la C.P., el derecho fundamental a la igualdad -art. 13 de la C. P.- y el derecho al mínimo vital.

En efecto, no sobra recordar, que en virtud del principio *in dubio pro operario*¹⁴ entre dos o más fuentes formales del derecho aplicables a una determinada situación laboral, deberá elegirse aquella que favorezca al trabajador, y entre dos o más interpretaciones posibles de una misma disposición se deberá preferir la que lo beneficie¹⁵; entonces, el sentido protector del derecho al trabajo se refleja, en la solución de conflictos normativos, en la interpretación de preceptos dudosos y, en la solución de situaciones no reguladas en beneficio de la parte débil de la relación, esto es, del trabajador.

También debe traerse a colación que el surgimiento y consolidación del Estado social de derecho estuvo ligado al reconocimiento y garantía de derechos

¹⁴ Previsto no sólo en el artículo 53 constitucional sino también en el artículo 21 del C. S.T.

¹⁵ Sentencia SU-120 de 2003.

Radicación No: 17001 23 33 000 2013 00041 01 (3447-2013)

Actor: ÉDGAR ANTONIO VILLAMIL JARAMILLO

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

económicos, sociales y culturales, entre los que ocupa un lugar destacado el derecho a la seguridad social, de manera tal que la **actualización periódica** de las mesadas pensionales es producto de una aplicación concreta de los deberes de garantía y satisfacción a cargo del Estado colombiano en virtud del modelo expresamente adoptado por el artículo primero constitucional.

Siguiendo esta línea el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 estableció que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, en procura de mantener su poder adquisitivo constante, deberán reajustarse **anualmente de oficio**, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. Significa esto que el reajuste de las mesadas de las pensiones, debe ser **periódico, anual y oficioso**.

En lo que hace referencia al derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones, la Corte Constitucional ha señalado que éste no se agota con la mera actualización de las mesadas pensionales una vez han sido reconocidas por la entidad competente, sino que incluye también la actualización del salario base para la liquidación de la primera mesada. En este sentido, cuando se ordena la actualización de la pensión con base en el IPC y hasta el año 2004, implica desconocer que durante años posteriores el demandante ha tenido que seguir percibiendo la asignación de retiro o pensión y que si no se da la orden de reajuste posterior, es subrepticamente permitir que se **congele** su valor al año 2004, es decir, que solo se actualice hasta dicha fecha y que por ende, de ahí en adelante el monto sea inferior para la liquidación de años posteriores, permitiendo con ello que subsista la desigualdad que se ha querido corregir.

En tal sentido esta Corporación, en anteriores oportunidades señaló que la limitación del reajuste hasta el año de 2004 afecta la base a tener en cuenta para liquidar las mesadas futuras, ya que 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 las diferencias reconocidas a la base pensional deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores. De ahí que si las asignaciones de retiro o pensiones no son reajustadas en las condiciones previstas en la ley, necesariamente, en términos reales, se seguirán viendo

Radicación No: 17001 23 33 000 2013 00041 01 (3447-2013)

Actor: ÉDGAR ANTONIO VILLAMIL JARAMILLO

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

reducidas o congeladas debido a que progresivamente perderán su poder adquisitivo.

Por ello, aplicar el reajuste sólo hasta el año de 2004, puede acarrear a la justicia someter en un futuro el mismo debate a las autoridades, pues la solución será parcial y por ende, no correspondiente a la verdadera justicia material que impone la solución integral a las controversias de esta naturaleza, siempre y cuando se cumplan los requisitos de correspondencia entre lo pedido en vía gubernativa y la demanda.

Ahora bien, cabe destacar que en las numerosas decisiones de tutela¹⁶ proferidas por la Corte Constitucional en que se ha ocupado de la indexación del salario base para liquidar pensiones de jubilación, se ha establecido que dicha pretensión en concreto está cobijada por el derecho a la actualización de las mesadas pensionales. Así, en algunas ocasiones se ha afirmado que precisamente **la no indexación del salario base** es un supuesto que le confiere carácter fundamental al derecho a la actualización de las mesadas pensionales, por ello permitir que el salario base se actualice solo hasta el año 2004 y, que sólo hasta allí se aplique el reajuste es permitir que el salario base para liquidar la asignación de retiro llegue disminuido a la actualidad con lo que indefectiblemente se desconoce que el actor ha seguido percibiendo las mesadas año a año.

El derecho al reajuste y al no congelamiento no desapareció en el año 2004 con la expedición del Decreto 4433, al ser evidente que el mismo decreto no impuso la liquidación de las pensiones con determinado monto para cada grado pues entre sus disposiciones, prevé las partidas computables y los porcentajes de reconocimiento de acuerdo al grado y al tiempo de servicio; por lo tanto, a la entrada en vigencia de este decreto cada miembro de la Fuerza Pública llegó con un determinado valor de asignación base de reconocimiento, por lo que no puede señalarse que a partir de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, todas las asignaciones de retiro comenzaron a ser reajustadas en el mismo tope, sino que únicamente se estableció nuevamente el sistema de oscilación como una forma de incrementar las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

¹⁶ Ver entre otras las sentencias SU-120 de 2003, T-1169 de 2003, T-663 de 2003, T-805 de 2004, T-815 de 2004, T-098 de 2005.

Radicación No: 17001 23 33 000 2013 00041 01 (3447-2013)

Actor: **ÉDGAR ANTONIO VILLAMIL JARAMILLO**

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

De ahí que si las asignaciones no son reajustadas con posterioridad a 2004, de acuerdo a la base de liquidación que se obtenga como aplicación del reajuste con base en el IPC, por la diferencia en los periodos anteriores a 2004, seguirán viéndose reducidas o congeladas debido a que progresivamente perderán su poder adquisitivo.

Lo dicho hasta acá encuentra sustento además en el carácter de derecho fundamental por conexidad que ostenta el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones como lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencia T- 020 de 2011:

“....

Esto ocurre, por ejemplo, cuando se rompe de manera abrupta la proporción entre el valor histórico de la pensión y su valor actual y esta circunstancia tiene como consecuencia la afectación del derecho al mínimo vital, a partir de una valoración de mínimo patrimonial. Es decir cuando la mesada pensional ha sufrido una depreciación tan insoportable que negar el derecho a mantener el poder adquisitivo de la pensión, amenaza las condiciones de subsistencia del titular del derecho prestacional.”

Sobre el tema, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado:

*“Ahora bien, observa la Sala que el a quo ordenó reajustar la asignación de retiro de la accionante con base en el I.P.C. para los años 1997, 1999, 2001 a 2004, declarando la prescripción sobre las diferencias causadas con anterioridad al 26 de abril de 2007, sin embargo, es preciso aclarar, que en otras oportunidades ha precisado esta Corporación, que el término prescriptivo es cuatrienal, tal y como lo manifestó el recurrente, por tal motivo, la decisión recurrida será modificada, declarando prescritas las diferencias de las mesadas causadas con anterioridad al 26 de abril de 2003 de conformidad con lo preceptuado en el artículo 174 del Decreto No. 1211 de 1990. **No obstante, se debe tener en cuenta, que si bien dichas diferencias no pueden ser canceladas por encontrarse prescritas, si deben ser utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores.**”¹⁷ (Negrilla fuera de texto).*

En el mismo sentido, es decir, en cuanto a que las diferencias prescritas causadas deben ser tenidas en cuenta para efectos de la base de liquidación de las mesadas subsiguientes, esta Subsección ha establecido:

“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,

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección “B”, MP: Luis Rafael Vergara, sentencia de 25 de noviembre de 2010, radicado interno No. 2062-2009, actor: Leonor Guarnizo de Maldonado.

Radicación No: 17001 23 33 000 2013 00041 01 (3447-2013)

Actor: **ÉDGAR ANTONIO VILLAMIL JARAMILLO**

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

pues como se ha precisado en anteriores oportunidades las diferencias reconocidas a la base pensional sí deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores.”¹⁸

De igual manera, en sede de tutela de 27 de julio de 2011 dentro de la acción No. 11001-03-15-000-2011-00725-00, la Subsección “B” con ponencia del Consejero Doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, señaló que la modificación que genera el reajuste en los años anteriores al 2004 sobre la base de la asignación puede tener incidencia en las mesadas futuras¹⁹. Así pues, es evidente que la cuantía de la asignación de retiro depende del valor inicialmente reconocido por ser éste la base y los reajustes pensionales afectan la mesada siguiente.

Por ello, es indiscutible que la conclusión a la que arribó el *a quo*, de suponer que por efecto de la prescripción extintiva puede negarse el derecho al reajuste de las mesadas causadas con posterioridad al año 2004 es errónea, pues desconoce que el monto base de liquidación debe incrementarse cíclicamente y a futuro **de manera ininterrumpida**, debido a que las diferencias reconocidas a la base pensional deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores. Por ello, el señalar que el límite del reajuste sería hasta el 31 de diciembre de 2004, y que como la demanda fue formulada en el año 2012²⁰ debían negarse las pretensiones de la demanda, se estaría afectando de manera indebida la base pensional para los periodos siguientes, desconociéndose de paso que el efecto de reajuste pensional no depende de la solicitud en vía gubernativa, siendo este un derecho de carácter irrenunciable cuyo génesis es el principio del no congelamiento de su valor.

Así las cosas, la pretensión de reajuste de la asignación de retiro desde el año 1997 por efecto de la modificación de la base de liquidación, aplicando el porcentaje de variación del índice de precios al consumidor como lo dispone el artículo 14 de la Ley 11 de 1993, resulta procedente, por lo que la sentencia acusada merece ser revocada en tal punto.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, M.P. Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 27 de enero de 2011, radicado interno No. 1479-09, actor: Javier Medina Baena.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, actor: Jorge Enrique Vargas Peñuela, expediente no.: 11001-03-15-000-2011-00725-00.

²⁰ El *a quo* consideró que la prescripción fue interrumpida con la presentación de la demanda y no con el derecho de petición en abril de 2008.

Radicación No: 17001 23 33 000 2013 00041 01 (3447-2013)

Actor: ÉDGAR ANTONIO VILLAMIL JARAMILLO

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

No obstante, frente a la pretensión consistente en que se ordene la cancelación de “...la suma total resultante de la reliquidación indexada hasta la fecha en que se haga efectivo el desembolso del reajuste...”, por efecto de la figura prescriptiva cuatrienal, habrá de denegarse, ya que, como atrás se ha venido comentando, si bien la extinción del derecho no aplica por ser de rango constitucional, sí opera para las mesadas reclamadas luego de haberse vencido el lapso previsto por el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990, como a continuación pasa a explicarse.

3. DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

Partiendo de las anteriores premisas y al haberse reconocido la asignación de retiro del actor desde el año 1994, resulta procedente su **reajuste** en la forma solicitada – en el período 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, por fuerza de las diferencias con la variación del I.P.C.²¹ - ya que en este último año el gobierno nacional estableció nuevamente el sistema de oscilación como forma de incrementar las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad al Decreto 4433 del 2004, debiendo precisarse que **las diferencias que resulten con ocasión de la aplicación del índice de precios al consumidor para dicho periodo deberán ser utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores a 2004**, pues de no realizarse de esta manera, se desconocerían los beneficios mínimos de rango superior para evitar la pérdida del poder adquisitivo de su asignación de retiro.

Si bien es cierto se estableció nuevamente el sistema de oscilación como una forma de incrementar las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad al Decreto 4433 del 2004, no se limitará el derecho hasta el año 2004, por cuanto señalarlo así sería congelar la mesada pensional, pues el incremento que sufra la asignación de retiro con base en el IPC en el año 2003 afectará el periodo 2004 y el incremento que sufra la mesada con base en el IPC en el año 2004 afectará el periodo 2005, y así sucesivamente.

De igual manera y como consecuencia del mencionado reajuste, deberán reconocerse y cancelarse las diferencias en las mesadas causadas con

²¹ Ver cuadro comparativo inserto en la sentencia acusada, folio 98 vuelto.

Radicación No: 17001 23 33 000 2013 00041 01 (3447-2013)

Actor: ÉDGAR ANTONIO VILLAMIL JARAMILLO

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

posterioridad al año 2004, que no se encuentren afectadas por el fenómeno de la prescripción²².

Por ende, se ordenará a la demandada Caja de Retiro de las Fuerzas Militares pagar al demandante la diferencia que resulte entre la liquidación ordenada a través de la presente sentencia y las sumas canceladas por concepto del incremento o reajuste anual de la asignación de retiro a partir del **8 de noviembre de 2012** y las que se generen a futuro como consecuencia de la reliquidación de la base pensional.

Lo anterior, atendiendo a que, no obstante haber elevado el demandante la reclamación administrativa el mes de abril de 2008, la prescripción para reclamar mesadas atrasadas y su indexación no fue interrumpida ni siquiera con la presentación de la demanda ocurrida el 8 de noviembre de 2012²³, ya que, por ocurrencia de tal fenómeno cuatrienal establecido en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990²⁴, que dispone tal prerrogativa por una sola vez y lapso igual, no aplica para esta ocasión en atención a que la reclamación en sede jurisdiccional superó el plazo legal concedido; dicho en otras palabras, la petición elevada el 29 de abril de 2008 (fls. 30 a 32), hubiera tenido la virtud de interrumpir la prescripción, si la demanda hubiere sido presentada dentro de los cuatro años siguientes, ya que a partir de tal fecha comenzó a correr un nuevo término de prescripción, que se causó inexorablemente el 29 de abril de 2012, por lo que la demanda presentada el 8 de noviembre de 2012 no tuvo la virtud de renovar el derecho del demandante que, por fuerza de la inactividad en su ejercicio, provocó su extinción de manera definitiva, en razón a la perentoriedad normativa en cuanto a que el término de prescripción puede ser interrumpido por **una sola vez** y durante el mismo plazo inicial.

Con fundamento en los argumentos transcritos, la Sala encuentra viable ordenar el reajuste y pago de la asignación de retiro del actor con base en el I.P.C. certificado

²² Sobre el particular, es pertinente aclarar que no obstante el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 establece un término de prescripción trienal, ésta Corporación mediante sentencia de 4 de septiembre de 2008, con idéntico ponente de quien se ocupa de esta providencia, dentro del proceso No- 25000 23 25 000 2007 00107 (0628-08) determinó que el Presidente de la República al expedir el mentado acto excedió los términos de la Ley 923 de 2004, por lo que el término de prescripción a aplicar es el establecido en el artículo 113 del Decreto 1213 de 1990. (cuatrienal).

²³ Constancia de reparto que obra al folio 0 "B" del presente expediente.

²⁴ ARTICULO 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**. (subraya la Sala).

Radicación No: 17001 23 33 000 2013 00041 01 (3447-2013)

Actor: ÉDGAR ANTONIO VILLAMIL JARAMILLO

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

por el DANE, tal como está previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 con las siguientes consecuencias:

- Deberá reajustarse la asignación de retiro del actor desde el año 1997, en los años en que el incremento anual aplicado por la entidad haya sido inferior al IPC del año inmediatamente anterior, como lo verificará la entidad atendiendo a la información que obre en la página web del DANE. El reajuste será desde ese mismo año, o desde el primer año en el cual se advierta la mencionada inferioridad, 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 reducida.
- Habrá lugar cancelar al demandante las sumas de dinero que resulten de establecer la diferencia entre la liquidación ordenada a través de la presente sentencia y las sumas canceladas por concepto del incremento o reajuste anual de la asignación de retiro, que se hubieren causado con posterioridad a la presentación de esta demanda, esto es posteriores al **8 de noviembre de 2012**, dados los efectos de la prescripción extintiva establecida por el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.
- Las diferencias que resulten con ocasión de la aplicación del índice de precios al consumidor en el periodo reclamado por el actor -1997, 1999, 2001 a 2004 - deberán ser utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores a 2004, según sea el caso.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de los ajustes de la asignación de retiro (por la diferencia) a pagar, se actualizará de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha en que debió hacerse el pago). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

Radicación No: 17001 23 33 000 2013 00041 01 (3447-2013)

Actor: **ÉDGAR ANTONIO VILLAMIL JARAMILLO**

Demandado: *Caja de Retiro de las Fuerzas Militares*

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

Debe aclararse que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, para cada mesada de la asignación de retiro y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos, desde luego, sin perjuicio de lo estipulado en los artículos 176 y 177 del C.C.A., cuya observancia por parte de la administración debe darse sin necesidad de mandato judicial.

Sólo resta comentar, a guisa de pedagogía jurídico procesal, que en tratándose de sentencia proferida en audiencia pública, como ocurrió en este caso, la decisión se tiene por notificada en estrados a las partes del proceso (*hayan o no asistido a la misma*) por mandato del artículo 202 de la Ley 1437 de 2011, por lo que es a partir de allí que debe contarse el término con que cuentan para formular los recursos de ley. Para el presente proceso no se pudo aplicar la norma pertinente, ya que el mismo funcionario judicial creó la confusión al informar a los asistentes que la sentencia se notificaría por edicto, contrariando el ordenamiento jurídico; además, como bien se aprecia en la grabación remitida anexa, una vez leída la sentencia, fue cerrada de manera inmediata la sesión sin brindar a las partes la oportunidad de hacer manifestación alguna al respecto, proceder que riñe con el principio mismo de la oralidad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

REVÓCASE la sentencia proferida en audiencia pública celebrada por el Tribunal Administrativo de Caldas el dieciocho (18) de julio de dos mil trece

Radicación No: 17001 23 33 000 2013 00041 01 (3447-2013)

Actor: ÉDGAR ANTONIO VILLAMIL JARAMILLO

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

(2013), en el proceso incoado por el señor ÉDGAR ANTONIO VILLAMIL JARAMILLO contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. En su lugar se dispone:

PRIMERO.- DECLÁRASE probada de oficio la excepción de prescripción de las asignaciones de retiro anteriores al 8 de noviembre de 2012, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO.- DECLÁRASE la nulidad del **Oficio No. 15665 del 12 de mayo de 2008, (número interno CREMIL 24652)** expedido por el Subdirector de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, que resolvió en forma negativa la petición elevada por el ciudadano ÉDGAR ANTONIO VILLAMIL JARAMILLO, identificado con la C.C. No. 6.758.642 de Tunja, para obtener el reconocimiento, liquidación y pago del reajuste de la asignación de retiro con base en el índice de precios al consumidor.

TERCERO.- A título de restablecimiento del derecho la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reajustará la asignación de retiro devengada por ÉDGAR ANTONIO VILLAMIL JARAMILLO a partir del 1º de enero de 1997, en los términos indicados en ésta providencia, atendiendo para ello el índice de precios al consumidor, en los términos del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 238 de 1995 y pagará las diferencias causadas a futuro, con efectos fiscales a partir del **8 de noviembre de 2012**, atendiendo al efecto prescriptivo de las mesadas, tal como se explicó en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares dará cumplimiento a ésta sentencia en los términos previstos en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

QUINTO.- Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Radicación No: 17001 23 33 000 2013 00041 01 (3447-2013)
Actor: ÉDGAR ANTONIO VILLAMIL JARAMILLO
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO