

**REAJUSTE DE LAS ASIGNACIONES DE RETIRO DE LOS MIEMBROS DE LAS
FUERZA PÚBLICA A TRAVES DE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL.**

Estudio jurisprudencial de la aplicación del término prescriptivo a las mesadas pensionales en el reajuste de las asignaciones de retiro de los miembros de las fuerzas militares y de la policía nacional en las reclamaciones realizadas en vigencia del Decreto 4433 del 2004.

Diana Ulloa Murcia

Universidad Santo Tomas

Especialización en Derecho Administrativo

Proyecto de Investigación

Bogotá, Diciembre del 2015.

RESUMEN

En Colombia la entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995, hizo posible que los miembros de la Fuerza Pública se le extendieran los beneficios que se encontraban consagrados en los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993, lo cual produjo que el alto Tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativo realizara pronunciamientos sobre el asunto y sentara las bases para que los operadores jurídicos emitieran sentencias dentro de las múltiples demandas que cursaban en la Jurisdicción.

ABSTRACT

In Colombia the enactment of Law 238 of 1995, made it possible for members of the security forces will extend the benefits were enshrined in Articles 14 and 142 of Law 100 of 1993, which produced the highest contentious administrative court of jurisdiction perform pronouncements on the matter and laid the groundwork for legal operators emit statements within the multiple demands were enrolled in the jurisdiction.

TEMA DE INVESTIGACIÓN

El tema de investigación va dirigido a realizar un estudio jurisprudencial de la aplicación del término prescriptivo a las mesadas pensionales en el reajuste de las asignaciones de retiro de los miembros de las fuerzas militares y de la policía nacional en las reclamaciones realizadas en vigencia del Decreto 4433 del 2004.

PROBLEMA JURIDICO

¿Qué termino prescriptivo se aplica a las mesadas pensionales que se reclaman en vigencia del Decreto 4433 del 2004 a la luz de la Jurisprudencia del Consejo de Estado?

OBJETIVOS GENERALES Y ESPECIFICOS

GENERAL:

1. Realizar un estudio jurisprudencial sobre el reajuste y reliquidación de las asignaciones de retiro y pensiones de los miembros de la fuerza pública.

ESPECIFICOS:

1. Identificar pronunciamientos del Consejo de Estado relacionadas con el derecho al reajuste de las asignaciones y pensiones de los miembros de las fuerzas militares y de la Policía nacional.
2. Determinar según pronunciamientos del consejo de estado, el término prescriptivo a aplicar en las mesadas pensionales causadas para los años de 1997 al 2004 para los miembros de la fuerza pública que realizan reclamación en vigencia del decreto 4433 del 2004.

JUSTIFICACION

El reajuste de las asignaciones de retiro y de las pensiones de los miembros de la fuerza pública es un tema que ha causado gran congestión en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; razón por la cual el máximo órgano de la jurisdicción ha tenido que realizar pronunciamientos sobre el tema teniendo una posición unificada frente al reconocimiento del derecho al reajuste de las asignaciones de retiro de los miembros de la fuerza pública, para los años comprendidos desde 1997 al 2004, teniendo en cuenta el Índice de Precios del Consumidor (IPC), sin embargo la declaración del termino de prescripción de las mesadas pensionadas causadas y dejadas de reclamar dentro del término establecido por los decretos reglamentarios han hecho que haya disparidad en la corporación, creándose dentro de la misma dos posiciones marcadas, la primera, la aplicación del termino prescriptivo de 4 años que establece los Decretos

1211, 1212 y 1213 de 1990 y segundo; la aplicación del termino prescriptivo de 3 años que establece el Decreto 4433 del 2004.

A causa de la anterior problemática el Gobierno Nacional en el plan de Desarrollo 2010 – 2014, estableció una estrategia para mitigar la litigiosidad en torno a los asuntos relativos a las asignaciones de retiro, al ajuste por IPC y a otras reclamaciones de personal activo y la reserva de las fuerzas militares y la policía Nacional; razón por la cual el Ministerio de Defensa en mesa de trabajo con la Agencia Nacional de la Defensa Judicial del estado y la Procuraduría General de la Nación, se acordó que los comités de conciliación de las entidades deberán presentar acuerdo conciliatorio en sede judicial y extrajudicial ante los jueces administrativos y las procuradurías judiciales respectivamente, en donde los parámetros serán reconocer: **Capital:** Reconocimiento del 100%, **Indexación:** Será cancelada en un porcentaje del 75%, **Intereses:** No habrá lugar al pago de intereses en los primeros 6 meses, **Costas y agencias en derecho:** Considerando que el proceso termina con la conciliación, las partes acuerdan el desistimiento por este concepto, **Prescripción:** cuatrienal, **Reajuste asignación de retiro:** La asignación es reajutable año tras año en el periodo comprendido entre los años 1997 y 2004 con el índice de precios al consumidor y del periodo 2005 en adelante, con el principio de oscilación; lo anterior, a quienes tengan derecho, es decir, aquellos afiliados que se encontraban en la nómina de CREMIL al 31 de diciembre de 2004.

La anterior decisión surgió a raíz de las múltiples condenas a las cajas y entidades del estado que reconoce las asignaciones de retiro de este grupo de pensionados y a los pronunciamientos del consejo de estado en segunda instancia en los cuales reconoce en su totalidad la reclamaciones de los miembros de la fuerza pública frente a los reajuste en aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993. Ahora bien, es claro que la posición

mayoritaria en el Consejo de Estado es la aplicación del término prescriptivo cuatrienal, siguiendo los parámetros del artículo 53 de la Constitución Política, sin embargo al no existir sentencia de unificación hasta el momento sobre el tema, los operadores jurídicos se pueden apartar de esa posición y aplicar el termino prescriptivo trienal que establece el Decreto 4433 del 2004, por ser la norma vigente en la actualidad; posición minoritaria dentro de la Corporación.

ESTADO DE LA CUESTION

En la jurisdicción de lo contencioso administrativo se ha establecido que existe duda que a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995 el grupo de pensionado de los sectores excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993 si tienen derecho a que se les reajuste sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del IPC certificados por el DANE para el año inmediatamente anterior como lo dispuso el artículo 14 del mismo estatuto puesto que la Ley 238 de 1995 resulta más favorable porque este grupo de pensionados con los decretos 1211-1212-1213 de 1990, puesto que al hacer una comparación entre los reajustes pensionales derivados del aumento de las asignaciones en actividad de los miembros de la fuerza pública establecidos en estos decretos y los que resulta de la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, se evidencia que la aplicación de este sistema es cuantitativamente superior, razón por la cual siguiendo lo establecido en el artículo 53 de la constitución, debe dársele preferencia a la norma más favorable, sin embargo la posición mayoritaria dentro del máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo frente a la aplicación del termino prescriptivo de las mesadas pensionales de aquellos militares que realiza la reclamación a partir del 1 de diciembre del 2004, es decir durante la vigencia de decreto 4433 de 2004 es aplicar el termino prescriptivo que indicaba los decretos de 1990 es decir el cuatrienal ya que este grupo de pensionados vienen con un derecho adquirido. La anterior posición si bien es mayoritaria dentro de la corporación, no es

la única existente pues algunos magistrados argumentan que al hacer la reclamación dentro de la vigencia de la Ley 923 de 2004 y su decreto reglamentario 4433 de 2004 se someten a que el termino prescriptivo sea trienal como lo establece la norma vigente.

MARCO TEORICO

Asignación de retiro, Principio de oscilación, Régimen Especial, sistema prestacional, indubio properario, inescindibilidad, prescripción.

FACTIBILIDAD

El tema en el presente trabajo investigativo se harán uso de los diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado. Es importante resaltar el gran número de sentencias existentes en esta corporación sobre el reajuste de la asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, lo cual será de gran ayuda pues la única fuente para el desarrollo del presente trabajo será la escogencia de sentencias en que se establezca las dos posiciones sobre la aplicación del termino prescriptivo a las mesadas pensionales de los miembros de las fuerzas militares y de la policía nacional en reclamaciones que se haga dentro de la vigencia del decreto 4433 del 2004.

METODOLOGIA

El presente trabajo investigativo corresponde a un estudio socio-jurídico, con una revisión jurisprudencial, sobre el reajuste de las asignaciones de retiro de los miembros de la fuerza pública para los años 1997 al 2004 y más específicamente las que mantienen las dos posturas frente a la aplicación de la prescripción de las mesadas pensionales de cuatro (4) años tal como lo sostiene los decretos 1212 y 1213 de 1990 y las que sostiene la prescripción de tres (3) años que establece el decreto 4433 del 2004; estudio que se realizara de forma paralela con

las Leyes, Decretos y demás normativa aplicable al asunto y que sirvan de fundamento para la solución del problema jurídico planteado. En ese orden de ideas, se iniciará con una fase de tipo exploratoria dentro de los pronunciamientos del consejo de estado sobre el tema a desarrollar en el presente trabajo investigativo, tanto en segunda instancia como en solicitud de extensión de jurisprudencia; se incluirán y analizarán los compromisos del ejecutivo frente al reconocimiento y pago de diferencias salariales dejadas de cancelar a los miembros de la fuerza pública en aplicación del IPC, se estudiara el régimen legal aplicable al asunto y por último se determinara el papel que juega la conciliación extrajudicial y los beneficios que se obtienen en un acuerdo conciliatorio en este asunto, llevados a cabo y direccionados por los Procuradores Judiciales Delegados ante los Jueces Administrativos.

De igual forma una vez culminada la fase exploratoria, se iniciara una fase explicativa, que busca argumentar jurídicamente las posiciones de aplicación de término prescriptivo, determinando la posición mayoritaria dentro de la corporación y se culminará con la posición personal analítica y jurídica respecto al tema.

INTRODUCCION

En Colombia la fuerza pública se encuentra integrada por las fuerzas militares y la policía nacional tal como lo indica el artículo 216 de la constitución Política; quienes en materia salarial y Pensional se encuentran cobijados por un régimen especial, el cual es fijado por el Gobierno Nacional por mandato constitucional del artículo 150 Numeral 19 y artículo 1 de la Ley 4 de 1992.

Las pensiones y asignaciones de retiro de los miembros de las fuerzas militares y de la policía nacional, son otorgadas y reajustadas teniendo en cuenta el principio de oscilación

establecido en los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990, los cuales desarrollan la Ley 66 de 1989, por la cual se le otorgo facultades extraordinarias al Presidente de la Republica de “*reformular los estatutos y el régimen prestacional del personal de Oficiales, Suboficiales, agentes y civiles del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; y establece el régimen de la vigilancia privada.*”

La Ley 100 de 1993 por contener el régimen general de Pensiones, por lógica razones no es aplicado a los miembros de la Fuerza Pública, sin embargo, en el año de 1995 al entrar en vigencia la Ley 238 de ese mismo año, la mencionada Ley en el artículo 1 dispuso adicionar al artículo 279 de la 100 de 1993 un cuarto (4) párrafo en el que se le extendió los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 del mismo estatuto, a las personas que habían sido excluidas en la aplicación de la ley general de pensiones, entre estos los miembros de las fuerzas militares y de la policía nacional. Por lo anterior, las pensiones y asignaciones de retiro de los miembros de la fuerza pública para los años 1997 al 2004 debieron ser reajustadas anualmente por las entidades que las otorgaron, teniendo en cuenta el índice de precios del consumidor (IPC) certificadas por el DANE para el año inmediatamente anterior, tal como lo indica el texto del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y excluir la aplicación del principio de oscilación que establecía los artículos 169, 151 y 100 de los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990; respectivamente.

DESARROLLO

Constitucionalmente en Colombia los miembros de la fuerza pública tienen reconocido un *régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario que le es propio* (CN. Art 217- 3) y donde se asegura que su finalidad no es otra que el compensar el desgaste físico y mental que

implica el estado de inseguridad al que se somete al militar y a sus familiares durante la prestación de su servicio. (LLANTEN RODRIGUEZ, 2010)

El régimen especial de los miembros de las fuerzas militares y de la policía nacional sin lugar a dudas tiene su fundamento en los artículos 150 numeral 19 literal e, 217 y 218 de la Constitución Política de 1991, en el que entrega al congreso de la república la función de crear leyes marco tendiente a fijar el régimen salarial y de prestaciones sociales de la fuerza pública, las cuales servirá de base, fijará las pautas y criterios generales para que el presidente de la república en ejercicio de actividad administrativa ejerza *la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y ordenes necesarios para la cumplida ejecución de las Leyes.*(CN Art 189- 11.) Es así como en uso de las facultades extraordinarias entregadas por la Ley 66 de 1989, actualmente derogada, al presidente de la república para reformar los estatutos y el régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública, surgen a la vida jurídica los Decretos 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990, los cuales establecen dentro de su articulado no solo las condiciones y requisitos que deben cumplir los militares y agentes de la Policía Nacional para ser beneficiarios de ascensos y reconocimiento de partidas económicas salariales; sino también aquellos requisitos necesarios para que se les otorguen la llamada ASIGNACION DE RETIRO; la cual la Corte Constitucional ha expresado frente a su concepto que:

“Es una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de un cierto grado de especialidad, atendiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce.” (CConst C-432/2004, C.I. Vargas.)

Adicionalmente, mediante la Ley 4 de 1992, en el artículo 13, dispuso que: “En desarrollo de la presente Ley el Gobierno Nacional establecerá una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la fuerza pública de conformidad con los principios establecidos en el artículo 2.”

En la constitución política se encuentran inmerso dos artículos fundamentales en materia pensional con son los artículos 48 y 53 de la misma, donde el primero, con el acto legislativo 01 de 2005 que lo adicionó, establece la importancia de la seguridad social como un servicio público obligatorio, la regulación del mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones y la abolición de régimen especiales y exceptuados, salvo el aplicable a la fuerza pública; así mismo el segundo establece el principio de favorabilidad laboral/indubio prooperario y el derecho al pago y al reajuste periódico de las pensiones. Por lo anterior se expidió la Ley 100 de 1993 conocida como la norma general de seguridad social integral, la cual en su artículo 279 establecía las personas y grupos a quien dicha ley no cobijaba, dentro de los cuales se encontraba *los miembros de las fuerzas militares y de la policía Nacional, y el personal regido por el Decreto 1214 de 1990 (L.100/93, art.279)*, entre otros; igualmente Con el objeto de mantener el poder adquisitivo de las pensiones de jubilación, invalidez, sustitución y sobrevivientes, la Ley 100 de 1993 en su artículo 14 dispuso que se reajustaran 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.

Hasta aquí las prerrogativas previstas en la ley 100 de 1993 no se hacían extensivas a los miembros de la Fuerza Pública y los reajusten de las asignaciones de retiro se realizaban teniendo en cuenta el principio de oscilación establecido en los Decretos Leyes de 1990, sin embargo, el artículo 279 antes mencionado, fue adicionado por el artículo 1º de la Ley 238 de

1995, con un cuarto (4) parágrafo, en el sentido de señalar que: “*las excepciones consagradas en dicha norma 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*”, es decir, que el reajuste anual de las pensiones de la fuerza pública, entre otros, se realizarán conforme al IPC que certifique el DANE, de ahí que el mismo se haga efectivo a partir de la promulgación de la Ley 238, es decir, desde el año 1995; fórmula aplicable hasta el año de 2004.

En razón a los beneficios que le hizo extensivos la Ley 238 de 1995, el grupo de pensionados de la fuerza pública iniciaron reclamaciones en sede administrativa, las cuales iban dirigidas a que se les reajustaran y reliquidaran sus asignaciones de retiro tal como lo establecía el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 para los años comprendidos entre 1995 al 2004; peticiones que fueron resueltas de forma negativa por las entidades que habían otorgado las asignaciones de retiro a este grupo de pensionados, como son CASUR, CREMIL, CAGEN, entre otros; argumentando que el Gobierno Nacional, anualmente mediante decreto ejecutivo, reajusta las asignaciones de retiro con base en los incrementos de los sueldos básicos del personal en actividad, esto es mediante el principio de oscilación; y la idea de utilizar mecanismos, fórmulas o sistemas de liquidación diferentes, equivaldría a aplicar un sistema prestacional distinto al establecido en el régimen especial para la Fuerza Pública. Por ello, es que las prestaciones sociales de los miembros de la fuerza pública son reconocidas no solo teniendo en cuenta disposiciones legales que las establezcan, sino también aquellas de ámbito presupuestal que para la materia regule el legislador o reglamente el Gobierno Nacional; por consiguiente, en el reajuste de las asignaciones de retiro se aplica únicamente el principio de oscilación conforme lo dispone los Decretos 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990 y no conforme a lo establecido por la Ley

100 de 1993, la cual no es aplicable, teniendo en cuenta el principio de legalidad y de inescindibilidad de la norma, el cual consiste en que:

“ un texto legal debe aplicarse de manera íntegra en su relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, sin que sea admisible escisiones o fragmentaciones tomando lo más favorable de las disposiciones en conflicto, o utilizando disposiciones jurídicas contenidas en un régimen normativo distinto al elegido.(CConst T-832/2013, L.E.vargas.)

Los actos administrativos expedidos por las entidades, los cuales negaron el reajuste de conformidad a lo establecido por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, dieron lugar a múltiples demandas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, utilizando lo que se conocía en vigencia del anterior Código Contencioso Administrativo y de procedimiento Administrativo, la acción de nulidad y restablecimiento del Derecho, hoy medio de control con la Ley 1437 del 2011, tendiente en que se declarara por parte de los operadores judiciales la nulidad del acto administrativo negatorio del derecho y para efectos del restablecimiento del derecho se ordenara a las entidades a reajustar y reliquidar las asignaciones de retiro de conformidad con lo contemplado por el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y así mismo que las diferencias que resultaran en dicha reliquidaciones fueran canceladas de forma indexada. Como resultado de las condenas judiciales continuas sobre el asunto del reajuste de IPC, el Gobierno Nacional dentro del plan nacional de desarrollo del año 2010 al 2014, estableció dentro del mismo que:

“A través de los Ministerios de Defensa y Hacienda y Crédito Público, se buscará establecer una estrategia adecuada para resolver la litigiosidad en torno a los asuntos relativos a las asignaciones salariales, a las asignaciones de retiro, al ajuste por IPC y a otras reclamaciones de personal activo y la reserva de las fuerzas militares y la policía. Para tal efecto se deberá concertar con la agencia responsable de la defensa judicial del estado y se

deberá inscribir dentro del marco de una estrategia integral en ese campo.”(PND 2010-2014, art.272)

En aras de hallar una solución eficaz y equitativa para las partes en el asunto del IPC, la Procuraduría General de la Nación, en el marco de sus competencias, se dio a la tarea de:

“sensibilizar el tema, con el concurso de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Defensa nacional, la Policía Nacional, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional –CASUR- y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares –CREMIL- con el fin de concretar una estrategia de conciliación, tanto en el escenario extrajudicial como en el judicial” (M No. 010/2013)

Fruto de la anterior labor se realizaron mesas de trabajo donde se concretó que las entidades involucradas presentarían acuerdo conciliatorio bajo el estudio previo de sus comités de conciliación para cada caso, en los cuales el parámetro general sería el ofrecer al militar o agente de policía reclamante en sede judicial o extrajudicial; la última ante las Procuradurías Judiciales Delegadas ante los Juzgados Administrativos (D 1716/2009, art.6), conciliar el pago de las diferencias de las mesadas siempre y cuando se aceptaran las siguientes condiciones: “CONCILIACION EXTRAJUDICIAL: 1. La conciliación extrajudicial de Índices de Precios de Consumidor, se aplicara a los policías retirados o militares antes del 31 de Diciembre del 2004., 2. Quienes no hayan iniciado acción de Nulidad y restablecimiento de Derecho y que no se haya recibido valor alguno por concepto de IPC, 3. Petición de conciliación extrajudicial ante CASUR o CREMIL y luego de común acuerdo se corre traslado ante la Procuraduría General de la Nación o copia radicada ante caja CASUR. 4. Una vez aprobada la conciliación por el despacho judicial y radicada ante la entidad con los documentos legales y pertinentes se cancelará así: a) Los últimos cuatro años (4) del capital, teniendo en cuenta la prescripción la prescripción especial contenida en los Decretos Ley 1212 y 1213 de 1990, b)Se reconocerá 100% del capital y se conciliara el 75% de indexación, c) La entidad cancelara dentro de

los 6 meses siguientes contados a partir de que el interesado presente ante la entidad la providencia que apruebe el acuerdo conciliatorio.

CONCILIACION JUDICIAL: se conciliara en los mismos términos de la política de conciliación extrajudicial expuesta y/o obedeciendo en la etapa procesal que se encuentre la demanda, según el análisis del caso. (CASUR, 2015)

Si bien, se había concretado en las mesas de trabajo los parámetros generales para conciliar el asunto de las reclamaciones de IPC por parte de los miembros de la Fuerza Pública, aún era incierto para las cajas que el asunto se hubiese resuelto de fondo, puesto que aún no existía una posición unificada por el Consejo de Estado, razón por la cual la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado junto con el Presidente de la República, la Procuraduría General de la Nación y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL-, elevaron solicitud ante el la Sección Segunda del máximo tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para que proferiera sentencia de unificación, que permitiera tener criterios firmes frente al reconocimiento de derechos al grupo de pensionados; *ya que de un lado existe el criterio con límite de tiempo para la aplicación del reajuste con base en el IPC y por otra parte existe también el criterio del reajuste sin limitación alguna, (...)*”.(CE 29 contencioso, Nov. 2012 V.H. Alvarado, **Rad.** No. 1651, P.22.) La necesidad del pronunciamiento por parte del consejo de estado era fundamental para que las entidades pudieran realizar los reconocimientos de los derechos del grupo de pensionados en sede administrativa, evitando que el asunto trasciendan y acarree condenas significativas que afecten patrimonialmente al Estado; la anterior solicitud se evidenció en el informe final presentado por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en donde se expresó: “ *la ANDJE con fundamento en el artículo 271 de la Ley 1437 de 2011, solicitó Sentencia de Unificación a la Sección Segunda del Consejo de Estado para obtener un criterio uniforme de la Jurisprudencia sobre la metodología para a aplicar para el*

reajuste de las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública. A la fecha, de acuerdo con los informes presentados en las mesas inter institucionales, se reporta un éxito del 90% en la implementación de la política de conciliación adoptada.” (ESTADO, 2013)

El consejo de estado si bien no ha entregado sentencias de unificación al tema de IPC, según algunos críticos del tema, es indudable que ha establecido a partir de la sentencia de fecha 17 de mayo de 2007, con ponencia del magistrado Jaime Moreno García en sala plena, un precedente judicial marcado frente al derecho que tiene el grupo de pensionado de la fuerza pública a que sus asignaciones de retiro le sean reajustada entre los años del 1997 al 2004 conforme al Índice de Precios al consumidor, es decir conforme lo estableció el artículo 1 de la Ley 238 de 1995 y artículo 14 de la Ley 100 de 1993, pues así lo ha dejado consignado en múltiples sentencias cuando afirma:

“Lo cual quiere significar 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 como lo dispuso el artículo 14 de la última, y a la mesada 14 en los términos del artículo 142 ibídem.” (CE Contencioso, 12 feb.2009, G. Arenas, rad. 2043, p. 7.)

Conforme a lo anterior, es claro que el derecho subsiste y que a pesar de que la norma estuvo vigente hasta el 31 de diciembre del año 2004, el grupo de pensionados pueden realizar la reclamación extrajudicial y/o judicial en cualquier momento, puesto que por ser derechos de rango constitucional y por ser las pensiones una prestación periódica, estas carecen del fenómeno de caducidad; situación que se reitera con lo establecido en el artículo 164 numeral 1 literal C de la Ley 1437 del 2011; lo mencionado no significa que el fenómeno prescriptivo no cubra este

tipo de reclamaciones, puesto que el fenómeno de la prescripción se encuentra presente en *las acciones que emanen de los derechos prestacionales y en consecuencia **prescriben las mesadas pensionales**, según el término señalado por el legislador*, (CE Contencioso, 12 feb.2009, G. Arenas, rad. 2043, p. 7.) lo que trae como consecuencia la problemática de identificar el termino prescriptivo de dichas mesadas, cuando las reclamaciones se realizan en vigencia de una normativa como es la Ley 923 del 2004 y su decreto reglamentario 4433 del mismo año, el cual introdujo dos cambios, el primero, redujo el termino prescriptivo de cuatro (4) años que establecía los Decretos Leyes del año 1990 a uno de tres (3) años, y segundo retoma nuevamente el principio de oscilación para los reajustes de las asignaciones de retiro. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cabeza de los funcionarios judiciales (jueces) manejan dos tesis frente a la prescripción de las mesadas pensionales que se le aplican a las solicitudes o reclamaciones realizadas después del 31 de diciembre del 2004, que si bien las mesadas de 1997 al 2004 se encuentran prescritas, están servirán de base para la liquidación de las mesadas posteriores, lo cual ha sido reiterado en sentencias de fecha 27 de enero de 2011, Subsección A, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado interno 479-09, la del 19 de abril de 2012, Subsección A, Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00886-01(1778-11) M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, y recientemente en providencia de 15 de noviembre del año en curso, Subsección B, Expediente número 250002325000201005111 01 (0907-2011), siendo ponente el Dr. Gerardo Arenas Monsalve. (CE contencioso, 29 Nov 2012, V.H. Alvarado, rad: 1651.)

La primera tesis, plantea la aplicación de la prescripción cuatrienal que establecían los Decretos Ley 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990 y la segunda, desarrolla la prescripción trienal que establece el Decreto 4433 del 2004, vigente actualmente. En cuanto a la aplicación del término prescriptivo cuatrienal, esta teoría sostiene que la Constitución Política de 1991, en su

artículo 189 numeral 11 establece la facultad del Presidente de la Republica de reglamentar las leyes, para que se aplique correctamente por las entidades dentro de sus competencias y esto lo realiza mediante los conocidos decretos reglamentarios; sin embargo, en ningún momento dicha facultad podrá utilizarse con el fin extender, modificar o limitar el contenido de una ley o producir efectos diferentes a los establecidos en la misma. En el año 2004 el congreso de la republica expidió la Ley 923 del mismo año, donde se establecieron las normas, objetivos y criterios, en que se debía basar el Gobierno Nacional para expedir el Decreto Reglamentario que fijara el régimen prestacional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública; en este último reglamentó en el artículo 43 el termino prescriptivo, el cual lo redujo a 3 años, situación que produjo un rechazo por parte del Consejo de Estado, al considerar que el Presidente de la Republica se extralimito de sus funciones, al reglamentar un asunto que no estaba contenida en la ley, puesto que:

“ si se realiza lectura atenta de la Ley 923 de 2004, se tiene que si bien es cierto por medio de ésta, se señalaron las normas, objetivos y criterios que debería 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, también lo es que en ningún aparte de la misma se desarrolló el tema de la prescripción, aparentemente reglamentado por el Decreto 4433 de 2004, en mención.” (CE contencioso, 29 Nov 2012, V.H. Alvarado, rad: 1651.) Por lo anterior, no es correcto que los funcionarios judiciales dejen de aplica un Decreto- Ley, los cuales tiene una naturaleza legislativa, por una de menor jerarquía como es un decreto reglamentario, el cual constituye actos de naturaleza administrativa; en razón a lo anterior el termino prescriptivo aplicar en el caso de reclamaciones de IPC por parte de pensionados de la fuerza pública dentro de los años

1997 al 2004, deberá tenerse en cuenta el establecido por los decretos – leyes de 1990, que lo regula en cuatro (4) años; y así se ha reiterado en la Jurisprudencia del máximo tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tal como se puede observar en sentencias de la Sección Segunda Subsección A de 4 de septiembre de 2008, C.P. Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Expediente N° 0628-08, Subsección B, de 25 de noviembre de 2010, CP. Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicado interno No. 2062-2009, y la de Sección Segunda, sentencia de fecha 29 de noviembre de 2012, M.P Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicado interno 1651-2012, entre otras.

Ahora bien, esta teoría igualmente plantea que la aplicación del Índices de Precios al Consumidor de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, tiene un límite temporal, en razón a que la Ley 923 y el Decreto 4433 de 2004, en su artículo 42 consagro nuevamente el sistema de oscilación para el reajuste de las asignaciones de retiro de este grupo de pensionados; por lo cual el sistema de reajuste con base al IPC deberá aplicarse hasta el 31 de Diciembre de 2004 y de ahí en adelante como lo rige el decreto 4433 del 2004.

La segunda teoría, la cual aplica la prescripción trienal, sostiene que el artículo 41 de la Ley 153 de 1887 expresa: *“La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda,...(..)”*. Así mismo el Artículo 43, Decreto 4433 de 2004 establece: *“Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en **tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles**. El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual”*.

De acuerdo con estas disposiciones y dado que, en primer lugar, el Decreto 4433 de 2004 se promulgó el 31 de diciembre de 2004 en el Diario Oficial 45.778 y que, en segundo lugar, las mesadas pensionales se hacen exigibles, como su nombre lo indica, **mes a mes**, es obligado concluir que la prescripción de las mesadas **que no se había completado**, a tal fecha, esto es, al 31 de diciembre de 2004, corresponde a la de las mesadas causadas dentro de los cuatro años anteriores; esto es las causadas durante el período 2000 a 2004; por principio de favorabilidad, la prescripción de estas mesadas, quedaba sometida a la prescripción cuatrienal que consagraba el régimen anterior al 1º de enero de 2005 y aquellas causadas con posterioridad al año 2004, dicha mesada empezó a correr en vigencia del ordenamiento que consagra la prescripción trienal, es decir el previsto en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004. Lo anterior no significa que se desconozca el derecho que tiene los retirados de la fuerza pública a que sus asignaciones de retiro sean reajustadas de conformidad al Índice de Precios al Consumidor; pues las sentencias deberán declarar la nulidad de los actos administrativos que niegan dicho reajuste y ordenará que la entidad lo realice tal como lo establece el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, aquellas reclamaciones que se realicen ante la entidad a partir del 1 de enero del 2005 y la posible reclamación judicial, su término prescriptivo se regirá por lo establecido por el Decreto 4433 del 2004, teniendo en cuenta que tal como lo ha establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado, si bien los años 1997 al 2004 se encontrarían prescritas, las diferencias dejadas de percibir se verán reflejadas en mesadas futuras.

CONSLUSION

Conforme a lo planteado en las anteriores tesis se puede concluir que: primero, es claro que la Jurisprudencia del Consejo de estado siempre ha sido unánime en afirmar que el termino prescriptivo que se debe aplicar a las mesadas pensionales, dentro del reajuste de las

asignaciones de retiro de los miembros de la fuerza pública, para los años 1997 al 2004, es conforme al planteado por los Decretos –leyes 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990, el cual indica un término prescriptivo de cuatro (4) años; segundo, que existe dentro de la jurisprudencia de la corporación sentencia de unificación, la cual ha servido para realizar solicitudes de extensión de jurisprudencia como es el caso de la sentencia de fecha veintiséis (26) de marzo de 2014, de la Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, radicación número: 11001-03-25-000-2012-00544-00(2062-12) y la proferida por la Sección Segunda, Subsección B, No. Interno 1614-2008, Consejera ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, actor Gilberto Sánchez López, expediente No. 250002325000200607954-01, entre otras; tercero que el desconocimiento del precedente judicial en las providencias de los funcionarios judiciales de juzgados y tribunales, es causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial de acuerdo a lo expresado en la sentencia C-590 del 2005; cuarto, que no existe dentro de la jurisprudencia del consejo de estado providencia que establezca la aplicación trienal como termino de prescripción para los derechos prestacionales de los miembros de la fuerza pública para los años 1997 al 2004, razón por la cual la teoría de aplicación trienal, la ha desarrollado despachos judiciales de la jurisdicción de lo contencioso administrativos que se rehúsan aplicar el precedente judicial, dictado por el órgano de cierre de la jurisdicción; quinto y último, que la prescripción trienal no tiene fundamento en cuanto que los retirados de la fuerza pública, como se dejó claramente expuesto anteriormente, vienen con un derecho adquirido antes de la entrada de la vigencia de la Ley 923 del 2004 y su decreto reglamentario 4433 del mismo año, razón por la cual estos resulta *infrangibles* frente a la nueva legislación, puesto que como lo ha establecido la Corte Constitucional en sentencia C-432 DE 2004: “*la noción de derecho adquirido ha sido*

*ampliamente discutida por la ciencia jurídica, a fin de distinguirla de las meras expectativas, pues **mientras el primero no puede ser desconocido por las leyes posteriores**, las segundas no gozan de esa protección. Para el Tribunal Constitucional, “esta distinción se relaciona entonces con la aplicación de la ley en el tiempo y la prohibición de la retroactividad, pues en principio una norma posterior no puede desconocer situaciones jurídicas consolidadas durante la vigencia de una regulación anterior, pero en cambio la ley puede modificar discrecionalmente las meras probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho”.*

(Subrayado propio)

BIBLIOGRAFÍA

LEGALES

Constitución Política de Colombia de 1991,

Decreto 1211, 1212, 1213 Y 1214 de 1990.

Decreto 4433 de 2004.

Ley 153 de 1887.

Ley 238 de 1995.

JURISPRUDENCIALES

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, subsección “B”, C.P: Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia de fecha (12) de febrero de dos mil nueve (2009).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda Subsección B, C.P: DR. Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia de fecha (04) de octubre de dos mil doce (2012).

Consejo de Estado, sala de lo contenciosos administrativo, sección segunda, subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de fecha 15 de noviembre de 2012.

Consejo de Estado, sala de lo contenciosos administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, de fecha 27 de enero de 2011, Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00141-01(1479-09),
 Consejero Ponente, Dr.
 Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Consejo de Estado, sala de lo contenciosos administrativo, Sección Segunda Subsección A, sentencia de fecha 19 de abril de 2012, Radicación número: 25000-23-25-000-2008-00886-01(1778-11) M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

Consejo de Estado, sala de lo contenciosos administrativo, Sección Segunda, Subsección A, en Sentencia de fecha 4 de septiembre de 2008, Expediente número 0628-08, M. ponente el Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de fecha (27) de febrero de dos mil trece (2013), C.P: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Consejo de Estado, sala de lo contenciosos administrativo, Sección Segunda, Subsección A, M. ponente el Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Solicitud de Extensión de Jurisprudencia del Consejo de Estado.

Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de fecha veintiséis (26) de marzo de dos mil catorce (2014), radicación número: 11001-03-25-000-2012-00544-00(2062-12), Extensión de Jurisprudencia del Consejo de Estado.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, No. Interno 1614-2008, Consejera ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, actor Gilberto Sánchez López, expediente No. 250002325000200607954-01, Extensión de Jurisprudencia del Consejo de Estado.

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C.P: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Bogotá D. C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil doce (2012). REF. EXPEDIENTE No. 250002325000201100710 01- 1651-2012.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, CP: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO, Sentencia de fecha 10 de octubre de dos mil doce (2012) Radicación número: 11001-03-15-000-2011-01432-01(AC).

Corte Constitucional, sentencia C-432/2004, Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, sentencia T-832/2013, Luis Ernesto Vargas silva.

OTROS

Acta General de Comité de Conciliación CASUR, fecha 15 de Enero de 2015.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, Informe sobre la Actividad Litigiosa de la Nación, septiembre del 2013, numeral 4.3.1, pag. 33.

Estefany Paola Llantén Rodríguez, Trabajo de Grado, pag. 7 Bogotá D.C 2010.

Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, artículo 272.

Memorando N° 010 de abril 4 de 2013, suscrito por el señor Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa.

CRONOGRAMA

FECHAS	ACTIVIDAD
1 al 11 de septiembre/2015	Búsqueda del tema a investigar
13 al 25 de septiembre	Identificación y estudio sobre la temática
25 al 30 septiembre	planteamiento del problema Jurídico
1 al 10 de octubre	Búsqueda de jurisprudencia sobre el tema

12 al 22 octubre 2015	Elaboración y clase de presentación del anteproyecto
27 de octubre 2015	Presentación final del anteproyecto
27 de octubre al 16 de diciembre 2015	- Elaboración y redacción de trabajo de investigación - Búsqueda de Jurisprudencia - Lectura de Jurisprudencia.
18 de diciembre 2015	Presentación de avances del trabajo de investigación
19 de diciembre 2015	Entrega final del artículo investigativo.