

62



13-001-33-33-011-2016-00186-01

Cartagena de Indias D. T. y C., Treinta (30) de abril de dos mil diecinueve (2019).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-011-2016-00186-01
Demandante	SADITH CABEZA ZUÑIGA
Demandado	NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA –ARMADA NACIONAL
Tema	Reajuste con base en IPC
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha treinta (30) de junio de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

Solicita la parte demandante, que se declare la nulidad del Oficio No. S-2014/070295/ARPRE.GRUPE.1.10 del 3 de marzo de 2014, proferido por la Nación –Ministerio de Defensa –Policía Nacional y por medio del cual se negó a los demandantes el reajuste anual de la pensión de sobreviviente de la que es beneficiaria, en los términos del artículo 279 de la ley 100 de 1993, adicionado por el Artículo 1 de la ley 238 de 1995.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita i) reajustar la pensión de sobreviviente conforme al Índice de Precios del Consumidor como lo dispone la Ley 100 de 1993, adicionando los porcentajes correspondientes a la diferencia existente entre el aumento efectuado por el Gobierno Nacional por el principio de oscilación y la





13-001-33-33-011-2016-00186-01

variación porcentual del Índice de Precios del Consumo del año inmediatamente anterior, cambiando la base de liquidación, lo cual deberá efectuar el sueldo básico que conforma la prestación social,. A partir del año 1999 y subsiguientes, ii) pagar las sumas indexadas que resulten por concepto del reajuste en los términos de los artículo 192 de la ley 1437 de 2011 desde el momento en que el derecho se hizo exigible hasta que se haga efectivo su pago.

1.2. HECHOS

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

- Las demandantes se les reconoció pensión de sobrevivientes a partir del año 2011, con retroactividad al 10 de febrero de 1996.
- A los actores, durante la vigencia correspondiente a los años comprendidos entre 1999 a 2004, la Policía Nacional les reajusto la pensión de sobrevivientes en un porcentaje inferior a la variación del IPC del año inmediatamente anterior.
- Las demandantes presentaron solicitud de reajuste y reliquidación de la asignación de retiro desde el año 1997 a la entidad accionada, la cual mediante resolución No. S-2014/070295/ARPRE.GRUPE.1.10 del 3 de marzo de 2014 se pronunció en forma negativa.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Acerca del concepto de la violación las accionantes manifiestan que los regímenes especiales garantizan a las personas beneficiarias de ellos condiciones más favorables de las previstas en regímenes generales; sin embargo, el régimen especial consagrado en el decreto 1211 de 1990 y el principio del artículo 169 ibídem, desde el año de 1996 se vienen constituyendo en una situación desfavorable para los beneficiarios de asignación de retiro, en vista de que sus incrementos anuales se encuentran atados al incremento que se les aplica al personal que se encuentra en actividad y desde esa fecha señalada (1996), los incrementos aplicados a los miembros de la Fuerza Pública, fueron siempre inferiores a los cambios que experimentó el I.P.C., razón por la cual los incrementos que se aplicaron a los retirados de la Fuerza Pública en el periodo comprendido de 1996 al 2002, fueron siempre inferiores a este índice, afectando de esa manera a este sector de ciudadanos constituyéndose así en una clara violación de los principio consagrados en nuestra Constitución Política en los artículos 13 y 53.



13-001-33-33-011-2016-00186-01

El acto administrativo demandado viola en forma clara normas superiores como el párrafo 4º del artículo 279, en concordancia con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, además viola los principios consagrados en el artículo 53, como lo es el de la favorabilidad, que establece que en caso de duda en la aplicación de las fuentes formales del derecho deberá resolverse a favor del trabajador; igualmente en el inciso 3º se establece en el principio de la garantía al derecho al pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones.

Agrega que el acto demandado está falsamente motivado, por no tenerse en cuenta el párrafo 4º del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, puesto que con una interpretación lógica y sistemática se puede concluir que a los regímenes especiales consagrados en el régimen de excepción le son aplicables los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993, además, la mencionada Ley está indicando expresamente que los miembros de los especiales puedan recibir los beneficios que ya se indicaron.

La Ley 238 de 1995, adicionó el artículo 179 de la Ley 100 de 1993, con el párrafo 4º, guardando armonía expresa con el contenido de la expresión final del artículo 169 del Decreto 1211 de 1990. En vista de que se refieren a la prima o mesada adicional y a los incrementos anuales que se deben aplicar a todas las pensiones tomando como factor de liquidación las variaciones porcentuales que haya experimentado el Índice de precios al Consumidor (IPC)

Finalizan aduciendo que la entidad demandada negó la petición fundándose en normas legales anteriores a la vigencia de la Constitución de 1991, por lo que al continuar aplicándolas se estaría contrariando los principios de igualdad y favorabilidad consagradas en la Constitución, la cual es de mayor jerarquía que el decreto 1211 de 1990.

2. LA SENTENCIA APELADA (fs. 69-74)

Mediante sentencia de fecha 30 de junio de 2017, el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió conceder las pretensiones de la demanda, y condeno las costas a la accionada.

Consideró el A quo que si bien a los miembros de la Fuerza Pública se encuentran excluidos de la aplicación del Sistema General de Seguridad Social contenido en la Ley 100 de 1993, tal exclusión no comprende el



13-001-33-33-011-2016-00186-01

beneficio relacionado con el derecho al reajuste de las pensiones de conformidad con el artículo 14 de la Ley 238 de 1995 que comenzó a regir el 26 de diciembre del mismo año, tienen derecho a beneficiarse de la misma.

Que la anterior perspectiva modificó el del Sistema General de Seguridad Social a favor del grupo de pensionados de los sectores exceptuados, dentro de los cuales están los miembros de la Fuerza Pública, el derecho a incrementar sus pensiones acorde con la variación del Índice de Precios al Consumidor.

En esa medida, concluyó el A quo, que la entidad demandada reconoció pensión de sobreviviente a la señora Sadith Cabeza Zuñiga y a su menor hija Andrea Carolina Ruiz Cabeza a partir del 10 de febrero de 1996, con efectos fiscales a partir del 12 de mayo de 2008. Manifiesta que en cuanto al hecho de que no se podía aplicar un reajuste sobre un derecho no causado, pues no se podía realizar un reajuste pensiones de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor, dado que a la fecha la demandante no había causado su reconocimiento pensional, consideró el A quo que las actoras tienen derecho al reconocimiento y pago de dicha prestación desde el año 1996 con la muerte del AG (F) ANDRES FELIPE DE JESUS RUIZ OSPINO y que aunque las mesadas pensionales prescriben, el derecho al reajuste no está sujeto a términos de prescripción y como tal, se debe entender que al momento de hacer efectivo el reconocimiento de la pensión de sobreviviente la liquidación de la misma debió hacerse teniendo en cuenta los aumentos del IPC correspondiente para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003, 2004, situación que no fue tomada en cuenta por la entidad demandada y que no permite cumplir el objeto establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1996 en cuanto a mantener el poder adquisitivo de las pensiones.

Finalmente, advirtió que como quiera que la solicitud de reajuste de los años 1997 a 2004 y pago de la asignación de retiro con base en el IPC, fue radicada en la entidad el día 07 de febrero de 2014, solo procede el pago de las diferencias que resulten entre el reajuste reconocido con base en el principio de oscilación y lo que debe reconocerse de acuerdo a los Índices de Precios al Consumidor más favorables, a partir del 07 de febrero de 2010 y hacia el futuro, pues las diferencias anteriores a esa fecha se encuentran prescritas.

Afirma que si bien están prescritas las diferencias anteriores al 07 de febrero de 2010, si se deben tener en cuenta para reajustar la pensión de



13-001-33-33-011-2016-00186-01

sobreviviente, reiterando que estas impactan a futuro.

3. LA APELACIÓN (fs. 80-82)

En el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, se aduce que la pensión de la cual es titular la accionante nació a la vida jurídica en aplicación a lo preceptuado en la Ley 1395 de 2010 artículo 14, a la fecha de expedición de la Resolución 01521 del 09 de octubre de 2011, la cual observó en su integridad los postulados de la Ley 100 de 1993, dando cuenta que en el acto administrativo se estableció como método de aumento de la pensión el mismo porcentaje que decreta el Gobierno para el Salario Mínimo Mensual Vigente.

4. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia de fecha 7 de diciembre de 2017, se admitió el recurso de apelación interpuesto (f. 5 Cuaderno de 2da instancia), y finalmente, a través de auto de fecha 26 de enero de 2018 (f. 9 Cuaderno de 2da instancia) se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto.

5. ALEGACIONES

5.1 Parte Accionante (fs. 12-13)

El apoderado judicial de la accionante manifiestan que se ratifican en los hechos y pretensiones de la demanda y solicitan que se confirme el fallo proferido por el A quo mediante el cual se accedió a las pretensiones de la misma, por cuanto se está solicitando reconocer la reliquidación de la Asignación de retiro con base en el IPC, adicionándole los porcentajes correspondientes a la diferencia existente entre el incremento en que fue aumentada la misma.

5.2 Nación - Ministerio de Defensa Nacional- Armada Nacional (fs. 14-15)

El apoderado judicial de la accionada manifestó en su escrito que ratifica las razones expuestas en el recurso de apelación, en el sentido de que la Policía Nacional le reconoció pensión de sobreviviente a la demandante mediante resolución No. 01521 del 06 de octubre de 2011, la cual en su artículo 2 es taxativa en ordenar el reajustar la mesada pensional de



13-001-33-33-011-2016-00186-01

acuerdo al IPC causado en el año inmediatamente anterior, en cumplimiento al mencionado acto administrativo la Policía Nacional reajustó la mesada de acuerdo al IPC.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO (fs. 16-23)

El Ministerio Público rindió concepto dentro del presente asunto y manifestó que se acreditó que la señora SADITH CABEZA ZUÑIGA, le fue reconocida pensión de sobreviviente, en su condición de beneficiaria del AGENTE (F) FELIPE DE JESUS RUIZ OSPINO, mediante resolución No. 01521 de 8 de octubre de 2011, retroactiva al 10 de febrero de 1996, la que ha venido reajustando con base en el principio de oscilación.

Por lo anterior, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y el parágrafo 4 del artículo 279 de la misma disposición, así como de lo decantado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, precisa que a la actora le asite derecho a que su prestación le sea ajustada con base en el IPC durante el periodo comprendido entre 1997 y 2004, en que el incremento con fundamento en el IPC fue superior al ordenado por el gobierno nacional en aplicación del principio de oscilación que rige las fuerzas militares y de policía.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

V.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.



13-001-33-33-011-2016-00186-01

2. PROBLEMA JURÍDICO

Una vez analizada la demanda, la Sala encuentra que el problema jurídico central, se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Resulta procedente reajustar conforme al Índice de Precios al Consumidor IPC certificado por el DANE la asignación básica de la que son beneficiarias las demandantes durante los años 1997 a 2004?

En caso de ser afirmativo el problema jurídico planteado, se confirmará la sentencia de primera instancia, en caso contrario se revocará.

3. TESIS

La Sala, confirmará la sentencia apelada, toda vez que a las demandantes les asiste derecho al reajuste de su asignación básica conforme al Índice de Precios al Consumidor (IPC), en los años en que este fue superior al reajuste aplicado con base en el principio de oscilación.

4. ARGUMENTACIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

4.1 La Naturaleza Jurídica de la Asignación de Retiro

En atención a la naturaleza de la asignación de retiro, este Despacho precisa que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado en su jurisprudencia han reconocido a las asignaciones de retiro el carácter de una pensión como la de vejez o de jubilación.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-432 de 2004 con ponencia del M. Dr. Rodrigo Escobar Gil, analiza la constitucionalidad de algunas normas consagradas en el Decreto 2070 de 2003, que introdujo reformas al régimen de personal de la Fuerza Pública, concretamente en cuanto al porcentaje que se aplicaría a la asignación de retiro, en los eventos señalados en la norma. En esta sentencia se trata de manera específica la naturaleza jurídica de la asignación de retiro, ya que uno de los cargos de inconstitucionalidad giró en torno a que la misma no tenía una naturaleza prestacional, por lo que no constituía pensión, sino "un pago por el retiro" del servicio. Reza la sentencia:

"12. Siguiendo esta línea de argumentación, la Corte se encuentra ante un nuevo interrogante, a saber: ¿Qué naturaleza jurídica tiene



13-001-33-33-011-2016-00186-01

la "asignación de retiro" prevista en los artículos demandados del Decreto 2070 de 2003?

"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 (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

El Tribunal, a su vez, considera que esta prestación periódica para el personal militar y policial comprende algunas diferencias muy relevantes debido a la situación especial de dichos servidores públicos, como es la dedicación exclusiva al servicio, las jornadas especiales de trabajo, los lugares donde se debe trabajar, la continua reubicación de lugares de servicio y, en fin, el peligro para su vida y familia dadas las circunstancias de nuestro medio. Por ello el legislador consagró un **régimen salarial y prestacional especial**. Ahora, un principio de vieja data es la aplicación integral del régimen especial, sin acudir a escoger normas más benéficas del general y la prevalencia de la norma especial sobre la general al tenor del art. 5º de la Ley 57 de 1887; no obstante, la ley bien puede determinar excepciones a esta limitación.

La asignación de retiro, tiene una similitud con las pensiones de jubilación – ahora de vejez- del régimen general; pero, igualmente, comprende unas diferencias que son trascendentales. Mientras que para los servidores públicos, en general, su pensión se reajusta conforme a lo dispuesto para ellos por el ordenamiento jurídico (IPC), para el personal militar y policial con esa finalidad existe el sistema de la "oscilación pensional", que parte de un supuesto diferente.

Para el personal administrativo del Estado, bajo el régimen general, el reconocimiento de la pensión de vejez se hace teniendo en cuenta unos requisitos (edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas), unos factores por el término que señala la ley y su cuantía porcentual como se determina; por su parte, para el personal militar y policial, bajo el régimen especial, se tienen en cuenta unos requisitos (tiempo de servicio, etc.), unos factores



13-001-33-33-011-2016-00186-01

especiales predeterminados y el valor de la mesada corresponde a un porcentaje de los mismos según el grado del servidor, el cual oscila (se reajusta) teniendo en cuenta la remuneración que se apruebe en el futuro para ese grado.

El sistema de reajuste pensional "oscilatorio" es superior al sistema que se aplica en general, por cuanto mantiene en mejor forma el poder adquisitivo de la mesada pensional, pues siempre aplicará un porcentaje a un salario actual y actualizado; por el contrario, el sistema del reajuste pensional general, parte de una mesada pensional determinada por un porcentaje sobre una base de liquidación pensional de un tiempo establecido, al cual anualmente se le aplica la fórmula de reajuste que ordena la ley, v. gr. el IPC. Al aplicar el sistema de oscilación partiendo del salario actual del empleo y condiciones en que se pensionó un servidor público, para efectuar la comparación de los dos, se observa que el sistema general es en principio de menor protección al trabajador, aunque el IPC de un año sea superior al reajuste que se hace en el régimen militar o policial, pues éste cuenta con otras prerrogativas que en conjunto debieran tenerse en cuenta y no aisladamente.

Por todo lo anterior, entonces, queda claro, como lo ha establecido la Honorable Corte Constitucional y lo ha entendido de tiempo atrás el Consejo de Estado, que la asignación de retiro es el término del legislador utilizado para referirse a la pensión de vejez de los miembros de la fuerza pública. Igualmente que esa prestación se encuentra consagrada en un régimen especial, cuyos destinatarios son el personal que ella determina claramente.

4.1.2. El reajuste de la asignación de retiro del régimen especial militar y de las pensiones del régimen general.

La asignación de retiro con sus reajustes y su régimen. El personal de las Fuerza Pública y de la Policía Nacional de tiempo atrás ha contado con un **régimen prestacional especial**, dadas las especiales circunstancias de su servicio.

El Decreto 1212 de 1990, "Por el cual se reforma el estatuto del personal Oficial y Suboficiales de la Policía Nacional", vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos, en el artículo 151, establece la forma como debe



13-001-33-33-011-2016-00186-01

reajustarse la asignación de retiro y las pensiones relativas al régimen de los miembros de la Fuerza Pública, en el siguiente sentido:

"ARTÍCULO 151. OSCILACION DE ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIONES. *Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto, se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 140 de este Decreto. En ningún caso aquéllas serán inferiores al salario mínimo legal. Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la Administración Pública, a menos que así lo disponga expresamente la Ley.*

PARAGRAFO. *Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de Oficiales Generales y Coroneles, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el artículo 140 de este Decreto." (Negrillas y subrayas del Despacho)*

A la luz de estas normas "especiales" pensionales para el sector militar, queda claramente establecido el sistema de su reajuste y **la prohibición de aplicación de otro régimen, salvo autorización legal expresa.** La prohibición se enmarca dentro del principio de inescindibilidad de regímenes, donde las situaciones se deben resolver bajo la normatividad propia aplicable sin recurrir a normas que no pertenecen a la misma categoría, es decir, que si la persona está sometida a un régimen especial no puede recurrir a normas de tipo general en aras de mejorar su situación.

No obstante, **esta prohibición tiene una excepción** señalada en el propio régimen especial militar cuando determina que los destinatarios de esa disposición "*no podrán acogerse a normas que regulan ajustes prestacionales en otros sectores de la administración, a menos que así lo disponga expresamente la ley.*", lo cual significa que sí es factible la aplicación de normas generales de la administración a los casos sometidos a un régimen especial militar cuando la ley expresamente lo autorice.

4.1.3. Sistema General de Seguridad Social Integral

La Ley 100 de 1993 "Por la cual se creó el sistema de seguridad social integral", en el artículo 14, previó el reajuste de las pensiones teniendo en cuenta el Índice de Precios al Consumidor, y creó una mesada pensional adicional para los pensionados. La norma en comento prescribe:

"ARTICULO. 14.- Reajuste de pensiones. *Con el objeto de 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, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del índice de precios al*



13-001-33-33-011-2016-00186-01

consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incrementa dicho salario por el gobierno."

Ahora, si bien es cierto en un principio el Régimen de Seguridad Social Integral (Ley 100 de 1993) excluyó entre otros servidores, a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional de la aplicación de dicho régimen, al consagrar en el artículo 279 que "**El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional...**", no es menos cierto que con posterioridad dicha norma fue adicionada en un párrafo por disposición expresa del artículo 1º de la Ley 238 de 1995, señalándose lo siguiente:

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados."

Por lo anterior, se concluye que con la entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995, las personas pertenecientes a los regímenes excluidos por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, podrán acceder a los beneficios contemplados por el artículo 14 y 142 ibídem, y en consecuencia, tienen derecho a que se les reajusten sus mesadas pensionales teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE.

Además, la Constitución Política de Colombia en el artículo 53 consagra el principio de favorabilidad en materia laboral, por lo que en este caso concreto se aplicará la ley general por ser más favorable que la ley especial. Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 17 de mayo de 2007, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente Doctor Jaime Moreno García, señaló:

"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"



13-001-33-33-011-2016-00186-01

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.

"(...)

"Lo anterior determina, además, que frente a los alegatos del acto acusado que enfrenta el sistema de reajustes de la oscilación de las asignaciones en actividad, que según la Caja demandada deben prevalecer sobre el del artículo 14 de la ley 100, el artículo 53 de la Constitución Política ordena darle preferencia a la norma más favorable, en la hipótesis de que llegare a haber duda en su aplicación...

Finalmente, el Despacho advierte que el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990, expresamente permite la aplicación del reajuste pensional con base en el Índice de Precios al Consumidor al consagrar en el inciso segundo de la anterior disposición lo siguiente:

"Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley". (Resaltado fuera del texto original).

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

La Corte Constitucional en Sentencia C-461 de Octubre 12 /95, al referirse al establecimiento de regímenes pensionales especiales frente a los beneficios determinados en el régimen general, señaló su ajuste al ordenamiento constitucional y aplicación teniendo en cuenta los siguientes parámetros:

"El establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la ley 100, que garanticen en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado, lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cubre, pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetua un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector y que el tratamiento dispar no es razonable, se configura un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la carta.

"No puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector y que tiende al desarrollo de un derecho



13-001-33-33-011-2016-00186-01

constitucional, por simples consideraciones subjetivas, que no encuentran asidero en los principios y valores constitucionales. Como en forma reiterada lo ha manifestado la Corte, el derecho a la igualdad se traduce en una garantía que impide a los poderes públicos tratar de manera distinta a quienes se encuentran en iguales condiciones. En consecuencia, la norma que estudia la Corte, configura una discriminación que atenta contra el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política. Así las cosas, en la parte resolutoria de esta sentencia se declarará que el aparte acusado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 es exequible, siempre y cuando se aplique en consonancia con los artículos 13, 48 y 53 de la Carta..."

El Consejo de Estado, por intermedio de la Subsección B de la Sección 2ª, en Sentencia de agosto 21 de 2008, C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Rad. Int. 0663-08, al resolver un caso concreto de **reclamación de corrección del reajuste pensional (de la asignación de retiro) para aplicar el IPC conforme al art. 14 de la Ley 100 /93,**¹ aclarando que esa forma de liquidación resulta aplicable a partir de 1995 y hasta el 2004, debido al cambio de legislación, cuando en estos apartes sostuvo:

*"El ajuste de pensiones y asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública debe hacerse conforme al I.P.C. de que trata el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, **por remisión expresa que hiciera el propio Legislador en la Ley 238 de 1995.** A lo anterior se agrega, que además de la aplicación del ajuste del I.P.C. por remisión expresa del Legislador, la Sala también llegó a tal conclusión en razón del **principio constitucional de favorabilidad** que, por lo general, gobierna a los regímenes especiales, como es el caso de los miembros de la Fuerza Pública.*

El ajuste de las asignaciones de retiro a partir del año de 1995 deberá hacerse con fundamento en el I.P.C. que certifique el DANE; fórmula aplicable hasta el año de 2004, en razón de que el propio Legislador volvió a consagrar el sistema de oscilación como la forma de incrementar las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, a través del artículo 3 [3.13] de la Ley 923 de 2004, el cual fue reglamentado por el artículo 42 del Decreto 4433 del mismo año."

Esta Corporación, que antiguamente venía aplicando en uso del principio de inescindibilidad, el sistema que le fuera más favorable al actor en todo el periodo comprendido entre los años 1996 a 2004, ahora, teniendo en cuenta la nueva normatividad (parágrafo 4º reformado del art. 279 de la Ley 100 /93) y los criterios jurídicos que la inspiran señalados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, replanteó la solución de esta clase de conflictos para dar aplicación a las nuevas orientaciones y aplicar el sistema que año tras año sea favorable al actor.

¹ La aplicación del IPC en los reajustes de asignaciones de retiro también se admitió en la Sentencia de mayo 17 de 2007, exp. 8464-05, de la Subsección A de la Sección 2ª del Consejo de Estado, C. P. Jaime Moreno García.



13-001-33-33-011-2016-00186-01

Por otra parte, la Ley 923 de diciembre 30 de 2004, señaló las normas, objetivos y criterios que debía observar el gobierno para fijar el régimen pensional y de asignación de los miembros de la fuerza pública, en desarrollo de esta ley se expidió el Decreto 4433 del día 31 de ese mes y año, el cual volvió a establecer el principio de oscilación para el reajuste de las asignaciones en comento.

Por lo anterior podemos afirmar, que a partir de enero de 2005, la asignación de retiro de los miembros de las fuerzas militares, no se puede reajustar con base en lo establecido en el artículo 14 de la ley 100 de 1993, sino con base en el precitado Decreto.

4.2 Procedencia del Reajuste de Asignaciones de Retiro de los Miembros de las Fuerzas Publica conforme al IPC.

Cita la Sala los reiterados pronunciamientos de este Tribunal², sujetos a la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, conforme a los cuales la aplicación del sistema de oscilación para el reajuste de las pensiones y asignaciones de retiro del personal de la Fuerza Pública, en algunos años implicó un incremento inferior al índice de precios al consumidor, lo que condujo a la pérdida del poder adquisitivo de las mismas, razón por la cual, con fundamento en el principio de FAVORABILIDAD se consideró procedente la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993³, pues a pesar de que en el

² Ver entre otros, las sentencias de fechas Siete (7) de Mayo de dos mil doce (2012) con Ponencia del Magistrado **LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**, proferida dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho radicado bajo el No. 13001-33-31-001-2009-00163-01, demandante OLGA RÚA DE GUARDO contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES; Sentencia de fecha veintisiete (27) de febrero de dos mil catorce (2014) con Ponencia del Magistrado **JOSÉ FERNÁNDEZ OSORIO**, proferida dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del derecho radicado bajo el No. 13001-23-31-000-2013-00383-00, demandante Jorge Cadena Mutis contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES; Sentencia de fecha quince (15) de diciembre de dos mil quince (2015) CON Ponencia de la Magistrada **HIRINA MEZA RHÉNALS**, proferida dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho radicada bajo el número 13001-33-33-006-2014-00030-01, demandante MARÍA ASCENSIÓN POLO DE DÍAZ CONTRA LA Nación –Ministerio de Defensa Nacional.

³ **Artículo 14: REAJUSTE DE PENSIONES:** con el objeto de 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, mantenga su poder adquisitivo constante, se reajustaran anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual de índice de Precio al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno".



13-001-33-33-011-2016-00186-01

artículo 279 ibídem, se excluye de su aplicación a este personal, la Ley 238 de 1995 elimina dicha exclusión.

Al respecto, en sentencia de fecha 9 de junio de 2011, el H. Consejo de Estado con ponencia de la Consejera BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PAEZ, apoyando su decisión en fallo de 17 de mayo de 2007 bajo ponencia del Consejero JAIME MORENO GARCÍA, precisó que se debe dar aplicación al principio de favorabilidad en el reajuste de las asignaciones de retiro, con base en el IPC previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y no al principio de oscilación del régimen especial.

Así las cosas, de la mano de ese desarrollo jurisprudencial no se discute hoy la procedencia de reajustar la asignación de retiro o prestación pensional de los miembros de las Fuerzas Militares, conforme al IPC y en virtud del principio de favorabilidad, reajuste que en todo caso encuentra un límite temporal hasta el año 2004, pues con la expedición de la Ley 923 de 2004, reglamentada por el artículo 42 del Decreto 4433 del mismo año, se volvió a establecer el régimen de oscilación como sistema para reajustar las asignaciones de retiro.

Lo anterior, sin perjuicio de haberse establecido igualmente que el derecho al reajuste es imprescriptible, que prescriben las mesadas correspondientes no reclamadas dentro de los cuatro (4) años siguientes a su exigibilidad y que en todo caso, el hecho de aplicarse el I.P.C. hasta la anualidad de 2004, no obsta para que el monto de la prestación se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro en forma ininterrumpida, en la medida en que las diferencias reconocidas a la base pensional deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores, tal como lo señaló la Sección Segunda, Subsección A, entre otros proveídos, en el de 27 de enero de 2011, MP. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, radicado interno N 1479 -09, actor JAVIER MEDINA BAENA.

5. ARGUMENTACIÓN FÁCTICA-PROBATORIA

5.1 Hechos probados

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:



13-001-33-33-011-2016-00186-01

5.1.1. Se encuentra acreditado dentro del expediente que la Policía Nacional reconoció pensión de sobreviviente a la señora Sadith Cabeza Zuñiga y a su hija Andrea Carolina Ruiz Cabeza a partir del 10 de febrero de 1996, con efectos fiscales a partir del 12 de mayo de 2008 mediante resolución No. 01521 de 6 de octubre de 2011 (Fs. 17-22)

5.1.2. Las accionantes radicaron ante la entidad accionada solicitud de reajuste a la pensión de sobrevivientes el día 7 de febrero de 2014 bajo el radicado No. 013716. . (F. 14-15)

5.1.3. Mediante Oficio No. S-2014/070295/ARPRE.GRUPE.1.10 del 3 de marzo de 2014, proferido por la Nación –Ministerio de Defensa –Policía Nacional se negó a las demandantes el reajuste anual de la pensión de sobreviviente de la que son beneficiarias, en los términos del artículo 279 de la ley 100 de 1993, adicionado por el Artículo 1 de la ley 238 de 1995 (Fs. 12-13)

5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

Analizados los hechos relevantes que resultaron probados, de cara al marco jurídico que fue expuesto, se impone a la Sala denegar las súplicas del recurso de apelación presentado por la parte demandada y en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida.

En efecto, observa la Sala que la situación prestacional de las demandantes que se aduce como fundamento de las pretensiones de su demanda, se enmarca en los supuestos fácticos previstos en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, norma esta que regula el reajuste de las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, para quienes estén sujetos a cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones y en virtud de la cual, para que dichas pensiones mantengan su poder adquisitivo constante, deberán reajustarse anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del índice de Precio al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior.

En esa línea, debe precisar la Sala que conforme quedó expuesto en el marco normativo citado, el reajuste antes referido es procedente sobre aquellas **asignaciones de retiro** o **pensiones de la Fuerza Pública** que en los años 1997 a 2004, fueron incrementadas conforme a los decretos expedidos por el Gobierno Nacional y no con el IPC, lo que justifica que los afectados acudan a pedir la aplicación de la citada disposición, como ocurre en el



13-001-33-33-011-2016-00186-01

sub examine, toda vez que las demandantes son beneficiarias de una pensión de sobreviviente otorgada por la entidad accionada mediante resolución No. 01521 de 6 de octubre de 2011 a partir del 10 de febrero de 1996, con efectos fiscales a partir del 12 de mayo de 2008.

Al respecto, debe enfatizarse que según viene analizado en el acápite de argumentación normativa de esta providencia, la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 para los miembros de la Fuerza Pública, surgió en consideración a que el incremento por el sistema de oscilación, que es el previsto por la ley para el reajuste de sus pensiones y asignaciones de retiro, en algunos casos, fue inferior al índice de precios al consumidor, lo que condujo a la pérdida del poder adquisitivo de las mismas, razón por la cual, con fundamento en el principio de FAVORABILIDAD se consideró procedente la aplicación del régimen ordinario, como quiera que la Ley 238 de 1995 que adiciona el artículo 279 de la ley 100, eliminó dicha exclusión.

En virtud de lo anterior, se tiene acreditado en el *sub litem*, que los incrementos realizados anualmente a la pensión de la que son beneficiarias las actoras para los años 1999 a 2004 aplicando el principio de oscilación, fue inferior al Índice de Precios al Consumidor, razón por la cual, le asiste el derecho a que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, reajuste anualmente la asignación de retiro de conformidad con lo ordenado en la Ley 238 de 1995, con base en el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, por ser más favorable que el régimen especial de las Fuerzas Militares.

Así las cosas, considera la Sala que el Oficio No. S-2014/070295/ARPRE.GRUPE.1.10 del 3 de marzo de 2014, al no disponer la revisión de los reajuste de la asignación de retiro de las demandante, para los años correspondientes de 1997 a 2004 con fundamento en la ley 238 de 1995, y lo preceptuado en el artículo 14 de la ley 100 de 1993, se encuentra afectada por la causal de nulidad por violación de normas superiores, motivo por el cual era procedente la declaratoria de su nulidad, tal y como lo efectuó el A quo.

Ahora bien, sea del caso señalar que el máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo, ha dispuesto en su jurisprudencia la imprescriptibilidad del derecho al reajuste de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, señalando que es viable que el interesado pueda solicitar el reconocimiento de su derecho en cualquier tiempo, advirtiendo que el



13-001-33-33-011-2016-00186-01

pago de las mesadas no tiene tal carácter, por lo que resulta aplicable la prescripción de las mismas.

Respecto de lo anterior, se tiene que el Consejo de Estado –Sección Segunda – Subsección B - en sentencia del 11 de Junio de 2009, C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, proferida dentro del expediente radicado con N° 25000-23-25-000-2007-00718-01 (1091-08), señaló respecto de la prescripción de las mesadas y la imprescriptibilidad del reajuste, lo siguiente:

"También se observa que mediante el recurso de apelación el demandante hizo referencia a la imprescriptibilidad de los derechos pensionales, en torno a este aspecto esta Sala ha indicado lo siguiente:

"como ya lo ha reiterado esta Corporación, el legislador le ha dado ese carácter a esta prestación y, por ello, es viable que el interesado pueda elevar solicitud de reconocimiento de su derecho en cualquier tiempo; sin embargo, el pago de las mesadas no tienen tal carácter y a éstas les resulta aplicable la prescripción extintiva de que habla la norma transcrita."

Con base en el anterior criterio, encuentra la Sala que el derecho al reajuste de la asignación de retiro del actor no prescribe en cuanto derecho pensional y, por lo tanto, debe realizarse a partir de 1997, como lo solicitó, en tanto le sea más favorable la aplicación de la actualización con base en el IPC respecto del sistema de oscilación, toda vez que este último en algunos años estuvo por encima del IPC; sin embargo, se reitera, hay lugar a la aplicación de la prescripción cuatrienal sobre el pago de las diferencias causadas en las mesadas pensionales con motivo del reconocimiento de este derecho, de conformidad con las consideraciones anteriormente expuestas".

Así las cosas, se tiene que en el presente asunto el derecho pensional al reajuste de la asignación no ha prescrito, razón por la cual resulta procedente reajustar la pensión de sobrevivientes de las accionantes con base en el Índice de Precios al consumidor (IPC), en los años en que este fue superior que al reajuste aplicado con base en el principio de oscilación; y si bien, prescriben las mesadas pensionales, la misma fue aplicada por el A quo en los términos de ley.

De otro lado, precisa la Sala que dada la naturaleza de la asignación de retiro, como una prestación periódica, es claro que el hecho de que haya accedido al reajuste de la base con fundamento en el IPC, hace que el monto se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro de manera ininterrumpida, pues como se ha precisado en anteriores oportunidades las diferencias reconocidas a la base pensional sí deben ser utilizadas para el reajuste de las mesadas posteriores; así las cosas, como la base prestacional se ha ido modificando desde mil novecientos noventa y siete (1997) con ocasión de la aplicación del IPC, es claro que necesariamente este



13-001-33-33-011-2016-00186-01

incremento incide en los pagos futuros y por ende mal puede establecerse limitación alguna, cuando este incremento no se agota en un tiempo determinado.

Ahora, respecto a la fecha desde la cual se debe ordenar el pago de las diferencias resultantes del reajuste con IPC, encuentra la Sala que al aplicar la regla de prescripción contenida en el artículo 60 del Decreto 1091 de 1995, el reclamo de dichas diferencias está sujeto a un término de 4 años contados desde su causación.

Es del caso señalar que en el sub examine las accionantes presentaron solicitud de reajuste de su pensión de retiro de los años 1997 a 2004, el día 07 de febrero de 2014 (fs. 14-15), razón por la cual las diferencias que resulten entre el reajuste otorgado en aplicación del principio de oscilación y el reajuste solicitado en aplicación del Índice de Precios de Consumidor se encuentran prescritas hasta el 07 de febrero 2010, no obstante estas diferencias deberán tenerse en cuenta para la reliquidación pensional de las mesadas futuras.

En ese orden, sin necesidad de otros análisis, se confirmará la sentencia de primera instancia, desechándose los argumentos de la apelación.

6. Condena en Costas

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, habiendo sido resuelto desfavorablemente el recurso de apelación a la parte demandada en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandante, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

En este caso, se tendrán en cuentas los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandante⁴.

⁴ Acuerdo 1887 de 2003, artículo 3o.



13-001-33-33-011-2016-00186-01

En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandada, las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de primera instancia, atendiendo lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del expediente.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha treinta (30) de junio de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ejercido la señora SADITH CABEZA ZUÑIGA y su hija ANDREA CAROLINA RUIZ CABEZA contra la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- POLICÍA NACIONAL, conforme a las razones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en segunda instancia a la parte demandada, liquídense por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia, conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en dicha liquidación las agencias en derecho, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL