



13-001-33-33-013-2014-00324-01

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	13-001-33-33-013-2014-00324-01
Demandante	NOREIDA ESCORCIA DONADO
Demandado	CAJA GENERAL DE LA POLICÍA 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 dieciséis (16) de junio de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Décimo Tercero 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. 129586/ARPRE.GRUPE.22 de fecha 10 de mayo de 2013, proferido por la Nación –Ministerio de Defensa –Policía Nacional y por medio del cual se negó a la actora 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 variación porcentual del Índice de Precios del Consumo del año inmediatamente anterior, cambiando la base de liquidación, lo cual deberá





13-001-33-33-013-2014-00324-01

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 iii) ordenar a la demandada dar cumplimiento al fallo objeto del presente proceso, dentro de los términos previstos en los artículos 192 a 195 del C.P.A.C.A.

1.2. HECHOS

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

- Mediante resolución No. 00421 de 7 de mayo de 1999 el Ministerio de Defensa- Policía Nacional reconoció, a partir del 27 de julio de 1998, a los señores Noreida Ester Escorcía Donado, en calidad de conyugue, y al señor Sivestre Magallanes, en calidad de padre, del patrullero Jimmy Magallanes Muñoz, pensión mensual por muerte en cuantía del 50%, teniendo como base las partidas señaladas en el artículo 49 del Decreto 1091 de 1995.
- El valor de la pensión ascendió a la suma de \$296.552,96
- Mediante petición radicada bajo el No. 0439111 la señora Noreida Ester Escorcía solicitó el reajuste de la pensión por muerte de la que es beneficiaria, conforme al Incide de Precios al Consumidor que dispone la Ley 238 de 1995.
- La petición anterior fue resuelta mediante oficio No. 129586/ARPRE.GRUPE.22 de fecha 10 de mayo de 2013, proferido por la Nación –Ministerio de Defensa –Policía Nacional.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Considera vulneradas las siguientes:

- Constitución Política artículos 2, 6, 53, 83 y 87.
- Ley 4 de 1992.

En síntesis, señala el demandante que, de conformidad con la Ley 4º de 1992, el Gobierno Nacional anualmente modificará el sistema salarial correspondiente a los empleados numerados en el artículo 1º, literal a), b) y d), aumentando sus remuneraciones; obligando por tanto dicha ley, establecer una escala gradual porcentual única para nivelar activos y retirados de la



13-001-33-33-013-2014-00324-01

Fuerza Pública, y que el mismo fue incumplido por el Gobierno Nacional, al incrementar los porcentajes contemplados en esa escala gradual al personal cobijado por la Ley 238 de 1995, y que no lo hizo por la Ley 4ª a quienes durante el periodo 1997 a 2004 se encontraban en servicio activo, desconociéndose no solo la escala gradual sino el principio de oscilación y el derecho a la igualdad entre quienes por ley deben compartir por grados, idénticos porcentajes en sus asignaciones básicas.

2. LA SENTENCIA APELADA (fs. 66-80)

Mediante sentencia de fecha 16 de junio de 2017, el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió conceder las pretensiones de la demanda.

Conforme, a la Resolución No. 00421 de 7 de mayo de 1999 del Ministerio de Defensa- Policía Nacional reconoció a partir del 27 de julio de 1998, a los señores Noreida Ester Escorcia Donado, en calidad de conyugue, y al señor Silvestre Magallanes García, en calidad de padre, del patrullero Jimmy Magallanes Muñoz, pensión mensual por muerte en cuantía del 50%, teniendo como base las partidas señaladas en el artículo 49 del Decreto 1091 de 1995.

Consideró el A quo que existen diferencias a favor de la demandante, por lo que al estudiar la prescripción de las mesadas manifestó que la accionante radicó petición No. 0439111 solicitando la reliquidación de su pensión como consta en el Oficio No. S-2012-129586/ARPRE.GRUPE.22 de 10 de mayo de 2013, sin embargo manifestó que como no se tiene conocimiento de la fecha exacta de la petición, y la entidad accionada contaba con 15 días hábiles para pronunciarse sobre ella, tuvo en cuenta para la fecha de presentación de la solicitud el 18 de abril de 2013.

Precisó que las mesadas causadas desde el 1 de enero de 1999 al 31 de diciembre de 2004 que debían ser reajustadas conforme al IPC se encuentran prescritas.

Que a pesar de lo anterior, la entidad demandada, sobre el monto de la pensión por muerte reajustada a 31 de diciembre de 2004 que asciende a \$254.221, estableció que se le debe realizar los incrementos de ley conforme al principio de oscilación que le sean aplicables para llevar el valor real del monto de la prestación periódica que la señora Noreida Ester Escorcia Donado debe estar devengado a la fecha.



13-001-33-33-013-2014-00324-01

Igualmente, que las mesadas reajustadas con fundamento al principio de oscilación, generadas desde el 1 de enero de 2005 al 17 de abril de 2009, se encuentran prescritas.

Finalmente, el fallador de primera instancia declaró la nulidad del oficio No. S-2012-129586/ARPRE.GRUPE.22 de 10 de mayo de 2013 y ordenó que la prestación periódica se reliquide con el IPC desde el 1 enero de 1999 al 31 de diciembre de 2004, y del 1 de enero de 2005 en adelante conforme al principio de oscilación, no obstante precisa que las mesadas generadas del 1 de enero de 199 al 17 de abril de 2009 se encuentran prescritas.

3. LA APELACIÓN (fs. 81-83)

En el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, se aduce que dicha entidad reconoció a la demandante pensión de sobreviviente mediante Resolución No. 00421 del 07 de mayo de 1999, la cual viene siendo reajustada anualmente mediante la aplicación del principio de oscilación contemplado en el Decreto 1091/95 Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

Que la anterior norma no contempla el reajuste de las pensiones o asignaciones de retiro teniendo en cuenta el IPC o salario mínimo legal, condiciona el reajuste al porcentaje que el gobierno nacional asigne mediante Decreto al Personal de la fuerza pública en actividad en cada grado.

Asimismo, manifiesta que el mismo decreto señala que los agentes o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes de prestaciones en otros sectores de la administración pública a menos que así lo disponga expresamente la Ley.

Que la aplicación del aumento gradual teniendo como base el IPC es una disposición de la ley 100 de 1993, la cual no es aplicable para el caso, teniendo en cuenta el principio de inescindibilidad de la norma.

4. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia de fecha 14 de diciembre de 2017, se admitió el recurso de apelación interpuesto (f. 4 Cuaderno de 2da instancia), y finalmente, a través de auto de fecha 30 de julio de 2018 (f. 8 Cuaderno de

13-001-33-33-013-2014-00324-01

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 Nación - Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional (fs. 11-13)

El apoderado judicial de la accionada manifestó en su escrito que dicha entidad reconoció a la demandante pensión de sobreviviente mediante Resolución No. 00421 del 07 de mayo de 1999, la cual viene siendo reajustada anualmente mediante la aplicación del principio de oscilación contemplado en el Decreto 1091/95 Régimen de Asignaciones y Prestaciones para el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

Que la anterior norma no contempla el reajuste de las pensiones o asignaciones de retiro teniendo en cuenta el IPC o salario mínimo legal, condiciona el reajuste al porcentaje que el gobierno nacional asigne mediante Decreto al Personal de la fuerza pública en actividad en cada grado.

5.2 Parte demandante (fs. 15-17)

El apoderado de la demandante ratificó los argumentos expuestos en la demanda.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto dentro del presente asunto.

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





13-001-33-33-013-2014-00324-01

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.

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 de retiro de la que es beneficiaria la demandante en su calidad de conyugue superviviente 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 la demandante le asiste derecho al reajuste de su asignación básica conforme al 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.

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





13-001-33-33-013-2014-00324-01

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 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





13-001-33-33-013-2014-00324-01

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 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.





13-001-33-33-013-2014-00324-01

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 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





13-001-33-33-013-2014-00324-01

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 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



13-001-33-33-013-2014-00324-01

aquella fuera incompatible con la Constitución Política, debido a que esa es la única hipótesis constitucional para dejar de aplicar una ley que no ha sido declarada inexecutable.

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

“(…)”

“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 cobija, pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetua un tratamiento inequitativo y menos favorable





13-001-33-33-013-2014-00324-01

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 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

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.



13-001-33-33-013-2014-00324-01

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.

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





13-001-33-33-013-2014-00324-01

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

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".



13-001-33-33-013-2014-00324-01

5.1 Hechos probados

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

5.1.1. Se encuentra acreditado dentro del expediente que mediante Resolución No. 00421 del 7 de mayo de 1999 se reconoció pensión por muerte a partir del 27 de julio de 1998 a la señora Noreida Escorcia Donado en su calidad de conyugue y al señor Silvestre Magallanes Garcia en calidad de padre del causante patrullero Jimmy Magallanes Muñoz. (Fs. 14-15)

5.1.2. Que mediante oficio No. S-2012-129586/ARPRE.GRUPE.22 de fecha 10 de mayo de 2013 la Secretaria General de la Policía Nacional dió respuesta a la petición presentada por la señora Noreida Escorcia Donado radicada bajo el numero No. 0439111, en la cual le comunica de la negativa del reajuste de la pensión con base en el IPC.(F. 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 la demandante 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





13-001-33-33-013-2014-00324-01

acudan a pedir la aplicación de la citada disposición, como ocurre en el sub examine, toda vez que la demandante es beneficiaria de una pensión de sobreviviente otorgada por la entidad accionada mediante resolución 00421 del 7 de mayo de 1999 a partir del 27 de julio de 1998.

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 ítem que los incrementos realizados anualmente a la pensión de la que es beneficiaria la actora 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 No. S-2012-129586/ARPRE.GRUPE.22 de fecha 10 de mayo de 2013, al no disponer la revisión de los reajustes de la asignación de retiro de la 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, razón por la cual se declarará la nulidad del referido oficio.

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





13-001-33-33-013-2014-00324-01

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 al reajuste de la asignación no ha prescrito, razón por la cual resulta procedente reajustar la pensión de sobrevivientes de la accionante con base en el Índice de Precios del Consumidor (IPC), en los años en que este fue superior que al reajuste aplicado con base en el principio de oscilación.

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





13-001-33-33-013-2014-00324-01

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.

Concuerda la Sala con el A quo en el sentido de que se debe contabilizar la prescripción cuaternal a partir del 18 de abril de 2013; teniendo en cuenta que la respuesta proferida por la entidad accionada sobre de reajuste con base en el IPC se realizó el 10 de mayo de 2013, y como quiera que la entidad contaba con 15 días para pronunciarse sobre la solicitud, precisa la Sala que se debe tener en cuenta el término de prescripción a partir de esa fecha, esto es el 18 de abril de 2013.

Es del caso señalar que en el sub examine al establecer como fecha de presentación de solicitud de reajuste de la pensión de sobreviviente el 18 de abril de 2013; 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 17 de abril 2009, 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.



13-001-33-33-013-2014-00324-01

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.

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 dieciséis (16) de junio de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ejercido por la señora NOREIDA ESCORCIA DONADO 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.

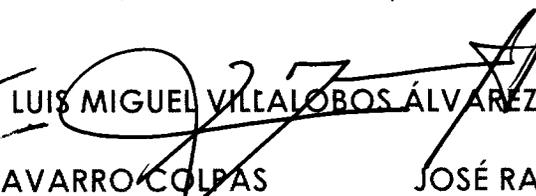
TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, archívese el expediente.

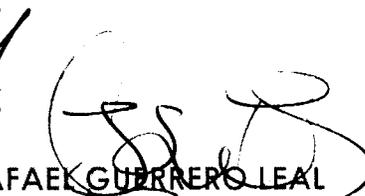
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LOS MAGISTRADOS,


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

⁴ Acuerdo 1887 de 2003, artículo 3o.