

ASIGNACIÓN DE RETIRO / PRINCIPIO DE OSCILACIÓN / ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR

.El sistema de reajuste pensional «oscilatorio» es superior al sistema que se aplica en el régimen 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., la variación porcentual del 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 deben tenerse en cuenta y no aisladamente.

ASIGNACIÓN DE RETIRO - Reajuste de acuerdo al índice de precios al consumidor

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 íbidem, 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, y al reconocimiento y pago de una mesada pensional adicional. Por lo tanto, la forma de reajuste pensional de que trata el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 resulta aplicable a las pensiones de los sectores exceptuados del artículo 279 ídem, dentro de los cuales aparecen el de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

ASIGNACIÓN DE RETIRO- Reajuste de acuerdo al índice de precios al consumidor. Vigencia

Por intermedio de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de agosto 21 de 2008, con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve, al resolver un caso concreto de reclamación de corrección del reajuste pensional (de la asignación de retiro) para aplicar el IPC conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993, aclarando que esa forma de liquidación resulta aplicable a partir de 1995 y hasta el 2004, debido al cambio de legislación. (...) si bien es cierto que se estableció nuevamente el sistema de oscilación como la forma de incrementar las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad al Decreto 4433 del 2004, no se limitará el derecho hasta el año 2004, por cuanto señalarlo así sería congelar la mesada pensional, pues el incremento que sufra la asignación de retiro con base en el IPC en el año 2003 afectará el periodo 2004 y el incremento que sufra la mesada con base en el IPC en el año 2004 afectará el periodo 2005 y así sucesivamente.

FUENTE FORMAL : LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 14 / LEY 100 DE 1993 – ARTÍCULO 142 / DECRETO 1211 DE 1990 / DECRETO 1212 DE 1990 / LEY 238 DE 1995 / LEY 923 DE 2004

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D. C., dos (2) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

Radicación número: 08001-23-33-000-2013-00622-01(4705-14).

Actor: LUIS ÁLVARO MENDOZA MAZZEO.

Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

Asunto: LEY 1437 DE 2011. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA. REAJUSTE DE ASIGNACIÓN DE RETIRO.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 247[1] del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), procede la Sala de Subsección a dictar sentencia escrita, dentro del proceso de la referencia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 5 de mayo de 2014, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Atlántico, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda incoada por el señor Luis Álvaro Mendoza Mazzeo contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

ANTECEDENTES

Pretensiones[2].

El señor Luis Álvaro Mendoza Mazzeo, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho solicitó la nulidad del acto administrativo núm. 20713 de 4 de mayo de 2012, por medio del cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó al actor el reajuste y pago de la asignación de retiro reconocida a su favor.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad y a título de restablecimiento de derecho, solicitó la reliquidación, reajuste y pago de dicha prestación tomando como base de liquidación la «base real actual» que la entidad demandada viene aplicando a la liquidación de las asignaciones de retiro para el grado de Capitán de Navío, con sus respectivos ajustes de ley, es decir, indexación e intereses moratorios.

Hechos[3].

Para fundamentar las pretensiones, el apoderado de la parte demandante expuso los siguientes hechos:

Previo cumplimiento de los requisitos legales exigidos, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció una asignación de retiro a favor del señor Luis Álvaro Mendoza Mazzeo, mediante la Resolución núm. 1949 de 17 de junio de 2003, en la cual, a la hora de liquidar la referida prestación, tomó como base de liquidación un monto inferior al que corresponde a la «base real actual» para los retirados en el grado de Capitán de Navío.

Mediante escrito radicado el 29 de marzo de 2012, el demandante solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (i) el reajuste de la base de liquidación para el computo de su asignación de retiro, y (ii) la indexación de los valores arrojados por la variación en dicha base de liquidación; petición que fue negada a través del acto administrativo núm. 20713 de 4 de mayo de 2012.

Normas violadas y concepto de violación[4].

En demanda se invocaron como normas violadas las siguientes:

De la Constitución Política, el preámbulo y los artículos 1, 4, 13, 46, 48 y 53.

De la Ley 923 de 2004, los artículos 2 y 2-7.

Como concepto de la violación, se indicó que la entidad demandada desconoció las normas constitucionales y legales en las que debida fundarse la expedición del acto acusado, como quiera que las liquidaciones inequitativas de las asignaciones pensionales para personas que ostentan un mismo grado, contravienen de manera directa los principios fundamentales propios de un Estado Social de Derecho, y trae de manera concatenada, el desconocimiento de la supremacía de la Constitución y sus postulados, entre ellos el de igualdad.

Señaló que en virtud del artículo 53 constitucional y el desarrollo jurisprudencial del mismo, en materia laboral se precisa la aplicación del principio de favorabilidad y por ende en el caso concreto la entidad demandada debe ser condenada a liquidar la asignación de retiro del demandante tomando como base de liquidación «la más favorable para [los] intereses [de aquel], en este caso LA BASE REAL ACTUAL»

Argumentó igualmente que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares incurrió en falsa motivación por la incorrecta aplicación de los métodos de interpretación normativa de las reglas, normas y principios que gobiernan la materia asunto del proceso.

Contestación de la demanda[5].

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por conducto de apoderada judicial, se opuso a todas las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de «prohibición de hacer extensivos a todos los militares los efectos de una sentencia inter partes», «no alteración de la escala gradual porcentual en virtud de fallos inter partes», «indebida escogencia de la acción», «carencia de objeto – por la fecha de retiro», «no configuración de violación al derecho a la igualdad» y «no configuración de causal de nulidad».

Manifestó que de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 57 de 1887, el régimen prestacional del personal de las FF. MM., se rige por las disposiciones especiales vigentes al momento de los hechos, las cuales prevalecerán sobre el régimen general.

Ahora bien, dichas disposiciones especiales están contenidas en la Ley 4 de 1992 y los decretos reglamentarios de la misma, por lo que cualquier norma que establezca un régimen salarial o prestacional diferente del consagrado en aquellos, carece de todo efecto jurídico.

Arguyó que el concepto de «base real actual» es una interpretación subjetiva del demandante, dado que la base salarial (y por ende prestacional, en aplicación del principio de oscilación) de las miembros de las Fuerzas Militares, en cada uno de sus grados, está determinada de manera general en decretos expedidos anualmente por el Gobierno Nacional.

Añadió que lo que pretende el demandante es (i) dar efectos erga omnes a sentencias inter partes que responden a circunstancias de hecho y de derecho particulares y específicas, y (ii) alterar la escala gradual porcentual.

Bajo este contexto, explicó que con el propósito de que las asignaciones de retiro no pierdan su

poder adquisitivo y de respetar el principio de igualdad entre militares en actividad y en retiro, el ordenamiento jurídico ha previsto el principio de oscilación (Decretos Ley 89 de 1984, 1211 de 1990 y 4433 de 2004), según el cual las asignaciones de retiro se reajustan anualmente en la misma proporción en la que incrementan las asignaciones de actividad para un mismo cargo, «por lo tanto, utilizar mecanismos, fórmulas o sistemas de liquidación diferentes equivaldría a aplicar un sistema prestacional distinto al establecido para el Régimen Especial de la Fuerza Pública».

Trámite en primera instancia.

Mediante auto de 26 de febrero de 2014, el Tribunal Administrativo del Atlántico fijó la audiencia inicial para el día 18 de marzo de esa misma anualidad[6].

En la fecha señalada, el a quo celebró la audiencia inicial del proceso de la referencia[7]; en dicha diligencia (i) fue saneado el proceso, (ii) fueron resueltas las excepciones previas y (iii) se fijó el litigio en los siguientes términos:

El problema jurídico se circunscribe en determinar si el señor LUIS ALVARO MENDOZA MAZZEO, tiene derecho o no a que se le liquide la asignación de retiro, teniendo en cuenta como base de liquidación la misma que la caja de retiro viene aplicando para liquidar las asignaciones de retiro de los coroneles que se les reconoció asignación de retiro antes de 1997, monto que resulta de la aplicación de la línea jurisprudencial por el H. Consejo de Estado en múltiples Sentencias[8].

Igualmente, en la mencionada audiencia y en aplicación de lo consagrado en el artículo 181 del CPACA, se corrió traslado para las partes alegar de conclusión por escrito.

El apoderado del demandante presentó memorial de intervención en el que profundizó con mayor detalle en los argumentos presentados en la demanda; por su parte la entidad demandada y el Ministerio Público, guardaron silencio.

La sentencia apelada[9].

El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante sentencia de 5 de mayo de 2014, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda en atención a los siguientes argumentos:

Estimó el a quo que si bien es cierto el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 expresamente excluyó del régimen general de seguridad social a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, el legislador, mediante la Ley 238 de 1995[10] (que entró en vigencia el 26 de diciembre de 1995), dispuso que tal exclusión no implica la negación de los beneficios de (i) reajuste pensional según la variación porcentual del IPC y (ii) mesada adicional, consagrados en los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993, respectivamente.

Sobre el particular, agregó que la pauta jurisprudencial fijada por el Consejo de Estado indica que en desarrollo de los criterios hermenéuticos habrá de aplicarse la ley especial, posterior y más favorable al trabajador, motivo por el cual resulta válido y apropiado reajustar las asignaciones de retiro con la variación porcentual del IPC; sin embargo, precisó, que la misma jurisprudencia de esta Alta Corte ha establecido un límite temporal a este método de reajuste el cual está marcado por la entrada en vigencia del Decreto 4443 de 2004[11] (31 de diciembre de 2004), pues esta última norma retomó como método de reajuste el principio de oscilación.

A su vez, sostuvo que de presentarse el evento en el que las mesadas hubiesen prescrito y por ende no serían pagadas, el monto de las mismas habría de tenerse en cuenta para las liquidaciones de mesadas posteriores.

Por lo anterior, el Tribunal antes mencionado decidió declarar la nulidad del acto acusado y ordenar, a título de restablecimiento del derecho, la liquidación y reajuste de la asignación de retiro del demandante con la variación porcentual del IPC, con la claridad de que las mesadas causadas con anterioridad al 29 de marzo de 2009 se encontraban prescritas.

Razones de la apelación[12].

El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación, en el que manifestó que el a quo profirió un fallo extra petita toda vez que lo reconocido en la sentencia (reajuste a partir de la variación porcentual del IPC para los años 2003 y 2004) no se acompasa con lo deprecado por el demandante (aplicación de la «base real actual» de liquidación de la asignación de retiro para un Capitán de Navío).

De igual manera, insistió (i) en que las FF. MM., cuentan con un régimen especial y/o excepcional en el que está prevista como fórmula o método de reajuste el principio de oscilación; (ii) que lo que pretende el demandante es dar efectos erga omnes a decisiones inter partes; y (iii) que no existió violación alguna al derecho a la igualdad, pues la jurisprudencia ha sido clara en señalar que (a) no existen derechos absolutos, y (b) se trata de un derecho relacional, y en el expediente no se precisa respecto de quien se predica el trato diferenciado o discriminatorio.

Trámite en segunda instancia.

Por autos calendados el 2 de diciembre de 2014[13] y el 2 de junio de 2015[14], este despacho resolvió admitir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 5 de mayo de 2014 y correr traslado para alegar de conclusión en segunda instancia, respectivamente.

En escrito de 25 de junio de 2015, la apoderada judicial sustituta del demandante ratificó los argumentos expuestos en la demanda y en su escrito de alegaciones de primera instancia; por su parte, la entidad demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Como no se observa causal que invalide lo actuado, procede la Sala de Subsección a decidir previas las siguientes consideraciones.

Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y con lo previsto en los artículos 11, 12, 34 y 36 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, así como de lo ordenado en el artículo 150 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA)[15] y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 expedido por la Sala Plena de esta Corporación[16], la Sección Segunda del Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

Problema jurídico.

Le corresponde a esta Sala de Subsección determinar si es procedente o no el reajuste de la

asignación de retiro de los miembros de las FF. MM., con base en la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el DANE en aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993; y en caso afirmativo, establecer si dicho reconocimiento afecta la base pensional y por ende debe tenerse en cuenta para liquidar las mesadas futuras.

A fin de resolver este problema jurídico, la Sala de Decisión estudiará el marco legal y jurisprudencial de la asignación de retiro de los miembros de las FF. MM., en combate.

De la naturaleza jurídica de la asignación de retiro.

En atención a la naturaleza jurídica de la asignación de retiro, la Sala de Decisión precisa que tanto esta Corporación como la Corte Constitucional 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 doctor Rodrigo Escobar Gil, en la que analizó la constitucionalidad de algunas normas consagradas en el Decreto 2070 de 2003, el cual introdujo reformas al régimen de pensional de la Fuerza Pública, concretamente en cuanto al porcentaje que se aplicaría a la asignación de retiro, en los eventos señalados en la norma, trató 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. En dicha oportunidad, la Corte precisó que la asignación de retiro 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.

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, el artículo 5 de la Ley 57 de 1887 prevé un principio de vieja data según el cual cuando exista un régimen especial este tendrá aplicación integral y prevalente sobre el general, motivo por el cual no podrá acudir a este último para escoger normas más benéficas; no obstante, ello no implica que la ley no puede establecer excepciones a esta limitación.

La asignación de retiro tiene similitud con las pensiones de jubilación –ahora de vejez- del régimen general; pero, igualmente, comprende 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 (variación porcentual del IPC), para el personal militar y policial con esa finalidad existe el sistema de la «oscilación pensional», el cual parte de un supuesto diferente.

Es por ello que para el personal administrativo del Estado cobijado por el régimen general de seguridad social, 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; por su parte, tratándose del personal militar y policial, se tienen en cuenta unos requisitos (tiempo de servicio, entre otros), 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 (o se reajusta) teniendo en cuenta la remuneración que se apruebe en el futuro para ese grado.

Aunado a ello, el sistema de reajuste pensional «oscilatorio» es superior al sistema que se aplica en el régimen 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., la variación porcentual del 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 deben tenerse en cuenta y no aisladamente.

Por todo lo anterior, queda claro como lo ha establecido esta Corporación que la asignación de retiro es el término que el legislador ha 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.

Del reajuste de la asignación de retiro del régimen especial militar y de policía y de las pensiones del régimen general.

El personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional de tiempo atrás ha contado con un régimen prestacional especial, dadas las especiales circunstancias de su servicio.

El Decreto 1211 de 1990, «por el cual se reforma el estatuto del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares», vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos, en el artículo 169, establece la forma como debe reajustarse la asignación de retiro y las pensiones relativas al régimen de las Fuerzas Militares, al respecto prescribe:

Artículo 169. Oscilación de asignación de retiro y pensión. 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 158 de este Decreto. En ningún caso aquellas 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.

Parágrafo. Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de Oficiales Generales y de Insignia, Coroneles y Capitanes de Navío, 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 158 de este Decreto.

En el mismo sentido, lo señala el artículo 151 del Decreto 1212 de 1990[17], por el cual se

reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional.

A la luz de estas normas «especiales» en materia pensional para el sector militar, queda claramente establecido cuál es 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 normativa 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.

Del 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 la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor (IPC). La norma en comento prescribe:

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, 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 incremente 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 «[e]l 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 el parágrafo 4 por disposición expresa del artículo 1 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, y al reconocimiento y pago de una mesada pensional adicional.

Por lo tanto, la forma de reajuste pensional de que trata el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 resulta aplicable a las pensiones de los sectores exceptuados del artículo 279 ídem, dentro de los cuales aparecen el de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Se advierte que tanto el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 como el artículo 151 del Decreto 1212 de 1990, expresamente permite la aplicación del reajuste pensional con base en la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor que:

[...] 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. (Negrilla y subrayado fuera del texto)

La Corte Constitucional en sentencia C-461 de 1995, 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 perpetúa 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 configuraría 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.[18]

Por intermedio de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de agosto 21 de 2008, con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve, al resolver un caso concreto de reclamación de corrección del reajuste pensional (de la asignación de retiro) para aplicar el IPC conforme al artículo 14 de la Ley 100 de 1993, 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:

En tales circunstancias, 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.

[...]

En ese orden, 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 [...][19]

De otro lado, la Ley 923 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 diciembre de esa misma anualidad, el cual volvió a establecer el principio de oscilación para el reajuste de las asignaciones en comento.

Así las cosas, es preciso señalar que en reiterados pronunciamientos esta Corporación 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, ya sea trienal o cuatrienal de acuerdo con el caso en concreto.

Respecto de lo anterior, sea del caso señalar que la Subsección B de la Sección Segunda de esta Corporación, en sentencia del 11 de junio de 2009, con ponencia del doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila, indicó 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[20]:

"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[21]

Ahora bien, para la Sala es necesario advertir que la cuantía de la asignación de retiro depende del valor inicialmente reconocido por ser éste la base y los reajustes pensionales afectan el monto de las mesadas posteriores.

En efecto, considera la Sala de Subsección que el reajuste de la asignación de retiro de manera

cíclica e ininterrumpida con base en el índice de precios al consumidor, además de afectar la base de liquidación de la mesada, genera una diferencia dineraria, que no se interrumpe en el año 2004, sino que sigue causándose hasta que la entidad accionada haga el reajuste de la asignación de retiro en los términos acá indicados, conforme al IPC, por los años en que el principio de oscilación fue desfavorable, y hasta que el monto de la asignación de retiro llegue a términos de «normalidad» o equilibrio.

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

De lo probado en el proceso.

De conformidad con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, la Sala de Subsección resolverá el problema jurídico planteado, para lo cual se tendrán como pruebas útiles, pertinentes y conducentes las siguientes:

Mediante copia de Resolución núm. 1949 de 17 de junio de 2003, está demostrado la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció y ordenó el pago de una asignación de retiro a favor del Capitán de Navío (retirado) Luis Álvaro Mendoza Mazzeo con efectos fiscales desde el 30 de junio de 2003. (ff. 32 a 34)

Visible a folio 30 del expediente obra respuesta a derecho de petición elevado por el demandante ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en la que la mencionada entidad reconoce que los reajustes de la asignación de retiro del señor Luis Álvaro Mendoza Mazzeo se efectúan únicamente mediante el principio de oscilación, de conformidad con el régimen especial que ampara a los miembros de las Fuerzas Militares.

Del caso concreto.

Como quiera que en este plenario, está demostrado que el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante (17 de junio de 2003) se hizo durante el periodo en el que tuvo vigencia la aplicación del método de reajuste con la variación porcentual del IPC (1995-2004), es preciso entrar a determinar, a partir de un análisis comparativo, si para el año en el que correspondía el respectivo incremento de la asignación de retiro del señor Luis Álvaro Mendoza Mazzeo (2004) fue mayor o no la variación porcentual del IPC respecto el reajuste en aplicación del principio de oscilación; para tal fin a continuación se presenta una tabla comparativa de los valores antes referenciados:

DIFERENCIA PORCENTUAL[22]				
AÑO	OSCILACIÓN	IPC		
DECRETO No.		DECRETO No.	%	%
1997	31 (9 de enero)	122 (16 de enero)	10,16%	21,63%
1998	40 (10 de enero)	58 (10 de enero)	23,80%	16,02%
1999	35 (8 de enero)	062 (8 de enero)	14,91%	16,70%
2000	2770 (27 de diciembre)	2724 (27 de diciembre)	9,23%	9,23%
2001	2710 (17 de diciembre)	2737 (17 de diciembre)	4,18%	8,75%
2002	660 (10 de abril)	745 (17 de abril)	4,85%	7,65%
2003	3535 (10 de diciembre)	3552 (10 de diciembre)	4,87%	6,99%
2004	4150 (10 de diciembre)	4158 (10 de diciembre)	4,68%	6,49%
2005	916 (30 de marzo)	0923 (30 de marzo)	5,50%	5,50%
2006	372 (8 de febrero)	0407 (08 de febrero)	5,00%	4,85%

Visto lo anterior, no queda duda que para el año 2004 la variación porcentual del IPC fue mayor al porcentaje de incremento para las asignaciones de retiro aplicando el principio de oscilación, por tal motivo la Sala avala la decisión del fallador de primera instancia en ordenar la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro del demandante con fundamento en la variación porcentual del IPC para el año 2004.

Debe también precisarse que la configuración del fenómeno de la prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 29 de marzo de 2009, no es óbice para tener en cuenta el referido reajuste para la variación de monto base de liquidación de la prestación.

Condena en costas segunda instancia[23].

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias del derecho[24], los llamados en el CPACA gastos ordinarios del proceso[25] y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y de secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación.

Tiene previsto el artículo 188 ídem que «salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil», hoy día por el Código General del Proceso.

En cuanto a la condena en costas en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación ya ha referido la pertinencia en estos términos:

2.5.3. Sobre la condena en costas y agencias en derecho en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho

"...

"Para el caso de autos se estima pertinente precisar en primer lugar, que según el artículo 361 del mencionado código, "las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho[26]", y que de conformidad con el artículo 365 del mismo estatuto, las siguientes constituyen algunas de las circunstancias por la que puede condenarse en costas:

"Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción".

De la lectura de la norma antes transcrita se observa, que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad como argumenta la accionante.

En consonancia con lo anterior, se encuentra el artículo 80 del Código General del Proceso, en el

cual puede apreciarse que un asunto es que pueda sancionarse a una de las partes por actuar de mala fe o de manera temeraria, y otra, que deba imponérsele a una de las partes el pago de las costas:

"Artículo 80. Responsabilidad patrimonial de las partes. Cada una de las partes responderá por los perjuicios que con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe cause a la otra o a terceros intervinientes. Cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba de tal conducta, el juez, sin perjuicio de las costas a que haya lugar, impondrá la correspondiente condena en la sentencia o en el auto que los decida. Si no le fuere posible fijar allí su monto, ordenará que se liquide por incidente.

(...)"

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, tampoco se advierte que el Tribunal accionado haya incurrido en alguna de las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias, al haberle impuesto a la demandante al pago de las costas del proceso, que incluyen las agencias del derecho[27], en tanto al revocarse la sentencia de primera instancia proferida en su favor, la peticionaria resultó vencida en el juicio.

Para finalizar la Sala de Subsección llama la atención en que inclusive en el evento del desistimiento tácito ya consagra el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que el juez «condenará en costas»[29], superando el simple dispondrá que consagra el artículo 188 ibídem.

Lo anterior permite establecer unas conclusiones básicas sobre las costas:

- a. La legislación varió del Código de Procedimiento Civil al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para la condena en costas de un criterio subjetivo a uno objetivo;
- b. Toda sentencia "dispondrá" sobre costas, bien sea con condena total o parcial o con abstención;
- c. Se requiere que en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso)
- d. La cuantía de la condena en agencias en derecho se hará atendiendo el criterio de la posición en la relación laboral, pues varía según sea parte vencida, si es el empleador o si es el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura), la complejidad e intensidad de la participación procesal ; y,
- e. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas.

En orden a lo anterior, esta Sala de Decisión condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada, quien resultó vencida en las resultas del proceso.

Conclusión.

Con fundamento en todo lo expuesto, esta Sala de Decisión procederá a confirmar la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico y condenará en costas de segunda instancia a la entidad demandada.

En mérito de lo expuesto, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 5 de mayo de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico dentro del proceso instaurado por el señor Luis Álvaro Mendoza Mazzeo contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: En firme esta decisión, envíese al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase,

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de la Subsección A en sesión de la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ RAFAÉL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

[1] «Artículo 247. Trámite del recurso de apelación contra sentencias. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: (...) 4. Admitido el recurso o vencido el término probatorio si a él hubiere lugar, el superior señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días. Si el Magistrado Ponente considera innecesaria la celebración de audiencia ordenará, mediante auto que no admite recurso alguno, la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de los veinte (20) días siguientes. Vencido el término que tienen las partes para alegar, se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente. (...).».

[2] Folios 1 y 2 del expediente.

[3] Folios 2 y 3 del expediente.

[4] Folios 3 a 18 del expediente.

[5] Folios 71 a 77 del expediente.

[6] Folio 82 del expediente.

[7] Folios 86 a 92 del expediente.

[8] Folio 90 del expediente.

[9] Folios 105 a 121 del expediente.

[10] «Por la cual se adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993».

[11] «Por medio del cual se fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública »

[12] Folios 133 a 134 del expediente.

[13] Folio 187 del expediente.

[14] Folio 194 del expediente.

[15] Modificado por el artículo 615 del Código General del Proceso.

[16] Modificado por el artículo 1.º del Acuerdo 55 de 2003.

[17] «Artículo 151. Oscilación 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. Parágrafo. 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.»

[18] Corte Constitucional. Sentencia C-461 de 1995.

[19] Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 21 de agosto de 2008. Rad. 25000-23-25-000-2007-00389-01(0663-08).

[20] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia de 26 de febrero de 2009, No. Interno: 1141-2008, Actor: Nicéforo Hernández Niño.

[21] Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 11 de junio de 2009. Rad. 25000-23-25-000-2007-00718-01(1091-08)

[22]

Ver sentencias: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 29 de noviembre de 2012. Rad. 250002325000201100710 01 (1651-2012). Consejero ponente VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA; Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 27 de febrero de 2013. Rad. 250002325000200900495 01 (1046-2011). Consejero ponente VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA.

[23] Sobre el particular: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014). Consejero ponente doctor Gabriel Valbuena Hernández. En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. sentencia de 7 de abril de 2016. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). Consejero ponente doctor William Hernández Gómez.

[24] Artículo 361 del Código General del Proceso.

[25] Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.

[26] La doctrina denomina "las agencias y trabajos en derecho, que fija el magistrado ponente o

juez". MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Cardona G. Pedro Pablo, t. i, pág. 734

[27] Artículo 361 del Código General del Proceso.

[28] Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección B, acción de tutela, C. P. Gerardo Arenas Monsalve, 30 de julio de 2014, Expediente N°: 11001-03-15-000-2014-01045-00, Publicada en Boletín del Consejo de Estado Número 151 – 15 de septiembre de 2014.

[29] Artículo 178 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

