

PENSION DE JUBILACION DE LAS FUERZAS MILITARES Y DE POLICIA -Reajuste de acuerdo al índice de precios al consumidor. Principio de favorabilidad. Antecedente jurisprudencial / ASIGNACION DE RETIRO - Se asimila a las pensiones de vejez y jubilación

Por consiguiente, tratase aquí entonces, del enfrentamiento de las previsiones de una ley marco (4ª de 1992) y de una ley ordinaria (238 de 1995) modificatoria de la ley que creó el Sistema de Seguridad Social Integral (ley 100 de 1993), que según la Caja demandada no podría "interpretarse la segunda en contravención" de la primera. Para comenzar no se trataría simplemente de la "interpretación" de la ley 238, sino de su aplicación, porque le creó a partir de su vigencia el derecho al grupo de pensionados de los sectores arriba relacionados, entre ellos a los pensionados de la Fuerza Pública, el derecho al reajuste de sus pensiones de acuerdo a la variación del índice de Precios al Consumidor y a la mesada 14. Ahora bien, la Sala solo podría dejar de aplicar una ley ordinaria posterior, especial y mas favorable, según se ver mas adelante, en lugar de una ley marco anterior y su decreto 1212 de 1990 que la desarrolla, bajo la condición de que aquella fuera incompatible con la Constitución Política, debido a que esa es la única hipótesis constitucional para dejar de aplicar una ley que no ha sido declarada inexecutable. Y la Sala encuentra que la ley 238 de 1995 es más favorable para el demandante que la ley 4ª de 1992 y el decreto 1212 de 1990, porque al hacer la comparación entre los reajustes pensionales derivados del aumento de las asignaciones en actividad de los oficiales de la Policía Nacional establecidos en los decretos 122 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 mas favorable, en la hipótesis de que llegare a haber duda en su aplicación, que para la Sala no la hay, por lo dicho anteriormente. 5. Atrás se reprodujo el acto acusado, entre cuyos argumentos para denegar el reajuste no está aquel según el cual la asignación de retiro no es una pensión, porque esta tesis fue la razón principal que tuvo el Tribunal para igualmente denegar lo pretendido. Al punto la Sala tiene en cuenta que desde la Constitución Política de 1886 a los reconocimientos periódicos que les hace el estado a los retirados de la fuerzas militares se les denominó genéricamente PENSIONES (art. 169) y que en la actual sucedió otro tanto (art. 220), habiéndose ampliado a los miembros de la fuerza pública (militares y policías). Pero, hasta ahora fue la Corte Constitucional la que llegó en principio a concluir que las asignaciones de retiro no son pensiones (sentencia C-941 del 15 de octubre de 2003), criterio este que posteriormente fue rectificado mediante la sentencia C-432 de 2004 para reconocer que se asimilaba la asignación de retiro a las pensiones de vejez o de jubilación.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA – SUBSECCION “B”

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de mayo de dos mil ocho (2008).

Radicación número: 25000-23-25-000-2003-07663-02(1681-07)

Actor: ALFONSO BARRAGAN SALGUERO

Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL

AUTORIDADES NACIONALES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de 9 de marzo de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual negó las súplicas de la demanda.

LA DEMANDA

ALFONSO BARRAGAN SALGUERO, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C. C. A., demandó la nulidad del Oficio No. 335 del 13 de mayo de 2003 proferido por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional a través del cual le negó el reajuste de la asignación de retiro con base en la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE.

Como restablecimiento del derecho, pidió condenar a la demandada a reconocerle y pagarle el reajuste de la asignación de retiro en las proporciones y por los períodos indicados en la demanda, y a pagar las siguientes cantidades liquidas de dinero:

La suma de \$6'108.762 por el incremento debido por el año 1997.

La suma de \$4'691.341 por el incremento debido por el año 1998.

La suma de \$6'637.957 por el incremento debido por el año 1999.

La suma de \$7'250.582 por el incremento debido por el año 2000.

La suma de \$12'028.166 por el incremento debido por el año 2001.

La suma de \$15'358.084 por el incremento debido por el año 2002.

La suma de \$12'928.816 por el incremento debido por el año 2003.

Así mismo, que se condene a la demandada al pago de mil gramos oro puro, o el valor de los salarios mínimos mensuales que venga reconociendo la jurisprudencia por indemnización del daño moral causado al actor y su familia por no haber cancelado oportunamente el reajuste que ordena la ley.

Que se disponga que los valores que resulten liquidados sean indexados de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 178 del C. C. A., así como el pago de los intereses a que haya lugar.

De otra parte, ordenar a la demandada, que continúe liquidando las mesadas de la asignación de retiro en la misma forma señalada por la Ley 238 de 1995, mientras esta forma de liquidación sea la más favorable.

Que se condene en costas a la demandada y se le ordene dar cumplimiento a la sentencia definitiva en los términos de los artículos 176 y 178 del C. C. A.

Adicionalmente, formuló petición especial, para que se decrete la excepción de inconstitucionalidad, en relación con este proceso, del artículo 42 del Decreto 2070 del 25 de julio de 2003, reformativo del régimen pensional de las Fuerzas Militares y de Policía.

Para fundamentar las anteriores pretensiones expuso los siguientes hechos:

Alfonso Barragán Salguero prestó sus servicios a la Policía Nacional durante 37 años, 7 meses, y 17 días, habiendo alcanzado el grado de Brigadier General, y fue desvinculado del servicio activo a partir del 16 de septiembre de 1977, por lo que se hizo acreedor a la asignación de retiro o pensión con cargo a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía mediante Resolución No. 2455 de 1977.

El actor viene percibiendo desde el 16 de septiembre de 1977, su asignación de retiro incrementada anualmente en la proporción señalada en el sistema de oscilación consagrado en el artículo 151 del Decreto Ley 1212 de 1990.

La Ley 238 de 1995, que adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, dispuso para los incrementos pensionales de la Fuerza Pública:

Artículo 1º.- Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo:

...

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.

De lo anterior se deduce que el demandante debía recibir aumento en su asignación de retiro con base en el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, del año inmediatamente anterior, y no con el resultado del sistema de la oscilación antes anotado.

Como consecuencia de la aplicación del sistema de oscilación, consistente en que las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el Decreto 1212 de 1990, se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado, el actor ha resultado lesionado en sus derechos pensionales.

El demandante, con la intención de que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, aplicara la Ley 238 de 1995, esto es, que incrementara la asignación de retiro con base en el Índice de Precios al Consumidor, como lo dispone el Parágrafo 4º del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, y no como lo venía haciendo, solicitó que se reajustara su asignación desde 1997 hasta la fecha, y que en lo sucesivo se hiciera con fundamento en esta última disposición, lo cual mereció respuesta negativa contenida en el acto administrativo acusado.

Con fundamento en las facultades extraordinarias que le confirió el artículo 17 numeral 3. de la Ley 797 de 2003, el Presidente de la república profirió el Decreto No. 2070 de 25 de julio de 2003, “por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”, y en el artículo 42 –excediendo las facultades otorgadas y con violación del artículo 13 de la Constitución Política- modificó la Ley 100 de 1993, artículo 279 parágrafo 4º, que había sido adicionado por la Ley 238 de 1995, en el que se estableció definitivamente el incremento anual de las pensiones de la Fuerza Pública a partir del 1º de enero de cada año –oficiosamente- con base en el Índice de Precios al Consumidor del año inmediatamente anterior y certificado por el DANE, estableciendo nuevamente el sistema de oscilación, colocando nuevamente al demandante en situación inequitativa frente a los demás pensionados del país.

Normas Violadas. Invocó las siguientes:

Constitución Política, preámbulo y artículos 1, 2, 3-6, 13, 16, 25, 42, 44, 46, 48 in fine, 51, 52, 53 inciso 3, 90, 150 numeral 10 y 220.

Ley 100 de 1993, artículo 279, parágrafo 4º; Ley 238 de 1995.

Decreto 1212 de 1990, artículo 151.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegó las súplicas de la demanda, con fundamento en las razones que a continuación se resumen:

Con el objeto de mantener el poder adquisitivo de las pensiones de jubilación, invalidez, sustitución y sobrevivientes, la Ley 100 de 1993, en su artículo 14 dispone:

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. (negrilla fuera de texto)

Sin embargo, el artículo 279 ibídem, excluye del Sistema de Seguridad Social Integral, entre otros, al personal de la Fuerza Pública, en los siguientes términos:

“Artículo 279. – Excepciones. 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, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas”. (negrilla fuera de texto).

De la norma transcrita, se colige, que las disposiciones en materia del sistema de seguridad social integral contempladas en la Ley 100 de 1993 no le son aplicables a los Miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

Sin embargo, el artículo antes citado, fue adicionado por el artículo 1º de la Ley 238 de 1995, en los siguientes términos:

“Artículo 1. Adiciónese al artículo 279 de la ley 100 de 1993 con el siguiente parágrafo:

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”

Así mismo, la Corte Constitucional, en Sentencia C-941 del 15 de octubre de 2003, con ponencia del doctor Álvaro Tafur Galvis, explicó que en relación con el reajuste de las pensiones para oficiales y suboficiales de la Policía Nacional o sus beneficiarios, que fueron reconocidas con fundamento en el Decreto 1212 de 1990 es claro que resulta aplicable el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, por cuanto el artículo 1º de la Ley 238 de 1995 se refirió expresamente a los pensionados de los sectores que fueron excluidos por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

Diferente es el reajuste de la asignación de retiro, prestación que no puede asimilarse a las pensiones que se refieren al Decreto 1212 de 1990, en razón de sus características especiales, que igualmente impiden asimilarla a la pensión de vejez del sistema general contemplado en la Ley 100 de 1993.

En efecto, esta asignación responde a criterios claramente diferentes del régimen general señalado para la pensión de vejez, tanto en el caso de régimen de prima media con prestación definida, como el régimen de ahorro individual con solidaridad, pues no es en función de la edad, del número de semanas cotizadas o del capital acumulado que se tendrá derecho a ella sino que es función de las causales a que alude el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, según las cuales producido el retiro del servicio después de quince o veinte años de servicio se tendrá derecho a dicha asignación y así, sin perder su grado policial, los oficiales y suboficiales cesarán en la obligación de prestar servicio en actividad salvo en los casos de reincorporación, llamamiento especial o movilización.

De lo anterior se puede establecer en primer término, que las asignaciones de retiro no pueden ser asimilables a las pensiones de vejez de que trata la Ley 100 de 1993, pues su reconocimiento corresponde a criterios diferentes, la primera se concede por haberse producido el retiro de las Fuerzas Militares o de Policía Nacional después de 15 o 20 años de servicio, mientras que la segunda es con ocasión de la edad y las semanas cotizadas.

También se establece, y así lo ha reiterado tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, que los regímenes especiales se deben aplicar en su totalidad a sus destinatarios, en el presente caso, al accionante se le aplicó en legal forma y en su totalidad el régimen especial concedido a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, régimen que no se considera discriminatorio en su generalidad, pues esta integrado por reconocimientos especiales con ocasión de la labor por ellos desempeñada; de modo que no puede pretender la parte actora, que le sea reconocido el Régimen especial de las Fuerzas Militares y de Policía al que tiene derecho por pertenecer a la Fuerza Pública y además se el tenga en cuenta uno de los elementos constitutivos del régimen general establecido en la Ley 100 de 1993, como lo es el incremento de la asignación de retiro, con fundamento en el aumento del IPC, por considerarlo favorable a sus intereses.

Cabe resaltar, que la Constitución dispuso que los miembros de la Fuerza Pública debían tener un régimen prestacional diferente a los demás trabajadores, en consideración a la labor que desempeñan, razón por la cual se les concede la asignación de retiro, con unas características e inclusiones prestacionales diferentes a las de la pensión de jubilación prevista para los demás trabajadores del Estado.

Es claro para la Sala que no le asiste razón a la parte accionante, para acceder al reajuste de la asignación de retiro aquí peticionada, por lo que al no haber logrado desvirtuar el actor la presunción de legalidad que cubre al acto impugnado, se negarán las pretensiones y declararán no probadas las excepciones propuestas teniendo en cuenta el resultado del proceso.

La Sala no estudiará la petición de excepción de inconstitucionalidad del artículo 42 del decreto 2070 del 25 de julio de 2003, “decreto por el cual se reformó el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”, hecha por la parte demandante, en consideración a que la H. Corte Constitucional – Sala Plena, en Sentencia C-432 de 2004, Expediente D-4882 del 6 de mayo de 2004, Demandante: Rubiela Barrera de Muñoz, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo

Escobar Gil, declaró inexecutable el Decreto Ley 2070 de 2003, concluyendo la misma Corte que las disposiciones derogadas o modificadas por el Decreto 2070 de 2003, adquieren plena vigencia. De manera que esta Corporación se está a lo dispuesto en dicha providencia.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

En memorial visible a folios 139 y siguientes del expediente, obra la sustentación del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, de cuyas razones de inconformidad la Sala destaca las siguientes:

Conforme al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, ésta no se aplica, en principio a:

1. Los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de quien se vincule a partir de la vigencia de esa Ley.
2. Los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.
3. Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
4. Los trabajadores de las empresas que al momento de empezar a regir la Ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato.
5. Los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma.

Sin embargo, este artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995, que dispuso un párrafo –4º- en el que contempló que las excepciones allí consagradas no implicaban negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados.

A su vez, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, base de la demanda, estableció que con el fin de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobrevivientes, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustaran anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. A pesar de ello, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, se reajustarán de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.

De todos los grupos de trabajadores “excepcionados” en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, solamente a los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional no se les está reajustando su pensión con base en la fórmula del artículo 14 precitado, adicionada por la Ley 238 de 1995 con el argumento de que ellos gozan es de una asignación de retiro, y que esta última ley se refirió únicamente a los “pensionados”.

Esta fue la interpretación que se adoptó en la decisión recurrida cuando acudió al antecedente jurisprudencial consignado en sentencia C-941 de 15 de octubre de 2003 proferida por la Corte Constitucional con ponencia del doctor Álvaro Tafur Galvis, consideraciones éstas que fueron revaluadas posteriormente en sentencia de la misma Corporación C-432 de 6 de mayo de 2004 de la que fue ponente el doctor Rodrigo Escobar Gil

El hecho de aplicar la fórmula consagrada en el artículo 14 de la Ley 100 de 2003, no implica hacer una mixtura entre lo favorable de un régimen especial y lo favorable del general, sino simplemente dar aplicación a lo dispuesto en la ley (238 de 1995), por una parte y por la otra, utilizar un sistema universal de reajuste de pensiones, en cumplimiento a lo dispuesto en el Título II, de los Derechos, las Garantías y los Deberes, Capítulo II, de los Derechos Sociales Económicos y Culturales, artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, que obviamente también es aplicable a los miembros de la Fuerza Pública, así tengan un régimen prestacional especial, que ordena textualmente:

Art. 48.- La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

CONSIDERACIONES

Se trata de dilucidar si el demandante puede ser objeto del reajuste de la asignación de retiro con base en la Ley 238 de 1995 que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, esto es, con base en el Índice de Precios al Consumidor del año inmediatamente anterior, certificado por el DANE.

A efectos de resolver la presente controversia, se hace necesario precisar los siguientes aspectos:

Mediante Oficio No. 335 de 3 de mayo de 2003, se niega el reajuste de la asignación de retiro al actor, acto proferido por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

Mediante Resolución No. 2455 de 15 de julio de 1977, (folios 6 y 7), el Gerente de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional reconoció a favor del demandante asignación de retiro efectiva a partir del 16 de septiembre de 1977.

A través de escrito radicado el 29 de abril de 2003, el señor Alfonso Barragán Salguero solicitó al Director de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional que se le reajustara su asignación de retiro en la proporción correspondiente a la diferencia entre los valores pagados por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, con base en el principio consagrado en el artículo 151 del Decreto 1212 de 1990, y la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor para el año inmediatamente anterior, certificado por el DANE (folios 9 – 12).

Por medio del Oficio No. 335 del 13 de mayo de 2003, el funcionario requerido dio respuesta a la petición, manifestando la imposibilidad de acceder a lo pretendido en los términos de la solicitud formulada (folios 2 – 5).

El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó, entre otros, a los ex servidores de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional del reajuste de sus pensiones como lo disponía el artículo 14 ibidem, esto es, teniendo en cuenta la variación porcentual del índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, y en consecuencia, el reajuste pensional debía hacerse como lo disponía el Decreto 1212 de 1990, es decir, mediante la oscilación de las asignaciones del personal de la Policía Nacional en actividad.

Sin embargo, la Ley 238 de 1995, adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 como sigue:

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.

Conforme con lo anterior –a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995- los pensionados excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993 tendrían derecho al reajuste de sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, en la forma dispuesta por el artículo 14 Ib., y a la mesada 14 según el artículo 142 ibidem.

Sin embargo, la entidad demandada determinó la inaplicabilidad de la Ley 238 de 1995 porque contraría el principio plasmado en el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992 sobre nivelación de la remuneración del personal activo y del retirado de la Fuerza Pública, el cual constituye “la esencia del régimen pensional especial” aplicable a sus integrantes. Así mismo, el artículo 10º, Ibidem, contempla que todo régimen salarial o prestacional establecido en contravía de las disposiciones allí plasmadas o en los Decretos que las desarrollen, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

Y es por ello que CASUR –alega en el acto acusado- no puede hacer aumentos superiores a los estipulados pues desbordaría los límites señalados por el legislador, además de que al hacerlo se violaría el derecho a la igualdad, pues se provocaría una descompensación injusta e ilegal en contra del personal activo.

En relación con al tema objeto de la controversia, en reciente oportunidad esta Corporación se pronunció en sentencia de 17 de mayo de 2007 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda, en el expediente 8464-05 Actor José Jaime Tirado, en donde con ponencia del doctor JAIME MORENO GARCÍA se dijo:

“ ...

4. En torno a las previsiones del artículo 10º de la ley 4ª de 1992, según el cual “Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones establecidas en la presente ley o en los Decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos”, la Sala advierte que este artículo 10º no se refiere a una presunta ley posterior, pues la sanción allí establecida es la de su nulidad, en tanto que se le impide que produzca efecto alguno, y en tales condiciones solo puede referirse a cualquier otro acto jurídico diferente de la ley, que en ningún caso puede ser nula, sino inexequible, lo cual es bien diferente.

Por consiguiente, trátase aquí, entonces, del enfrentamiento de las previsiones de una ley marco (4ª de 1992) y de una ley ordinaria (238 de 1995) modificatoria de la ley que creó el Sistema de Seguridad Social Integral (ley 100 de 1993), que según la Caja demandada no podría “interpretarse la segunda en contravención” de la primera.

Para comenzar no se trataría simplemente de la “interpretación” de la ley 238, sino de su aplicación, porque le creó a partir de su vigencia el derecho al grupo de pensionados de los sectores arriba relacionados, entre ellos a los pensionados de la Fuerza Pública, el derecho al reajuste de sus pensiones de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor y a la mesada 14.

Ahora bien, la Sala solo podría dejar de aplicar una ley ordinaria posterior, especial y mas favorable, según se verá mas adelante, en lugar de una ley marco anterior y su decreto 1212 de 1990 que la desarrolla, bajo la condición de que aquella fuera incompatible con la Constitución

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

Y la Sala encuentra que la ley 238 de 1995 es más favorable para el demandante que la ley 4ª de 1992 y el decreto 1212 de 1990, porque al hacer la comparación entre los reajustes pensionales derivados del aumento de las asignaciones en actividad de los oficiales de la Policía Nacional establecidos en los decretos 122 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 mas favorable, en la hipótesis de que llegare a haber duda en su aplicación, que para la Sala no la hay, por lo dicho anteriormente.

5. Atrás se reprodujo el acto acusado, entre cuyos argumentos para denegar el reajuste no está aquel según el cual la asignación de retiro no es una pensión, porque esta tesis fue la razón principal que tuvo el Tribunal para igualmente denegar lo pretendido.

Al punto la Sala tiene en cuenta que desde la Constitución Política de 1886 a los reconocimientos periódicos que les hace el estado a los retirados de la fuerzas militares se les denominó genéricamente PENSIONES (art. 169) y que en la actual sucedió otro tanto (art. 220), habiéndose ampliado a los miembros de la fuerza pública (militares y policías).

Pero, hasta ahora fue la Corte Constitucional la que llegó en principio a concluir que las asignaciones de retiro no son pensiones (sentencia C-941 del 15 de octubre de 2003), criterio este que posteriormente fue rectificado mediante la sentencia C-432 de 2004 para reconocer que se asimilaba la asignación de retiro a las pensiones de vejez o de jubilación.

Porque, estima la Sala que las asignaciones de retiro, obviamente son una especie de pensión, como también lo son las pensiones de invalidez y las pensiones de sobrevivientes del personal de la fuerza pública, de donde resulta irrelevante el argumento esgrimido por el Tribunal frente a los mandatos del artículo 220 de la Constitución Política, máxime que no pueden ser compatibles con las pensiones de invalidez ni de sobrevivientes militares o policiales y no son reajustables por servicios prestados a entidades de derecho público, pero el interesado puede optar por la mas favorable, como expresamente lo establece el inciso 2º del artículo 36 del decreto 4433 de 2004. (Negrillas en el original).

El recuento anterior le permite a la Sala concluir que es más favorable para el actor el reajuste de su pensión con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor como lo establece la Ley 100 de 1993, por lo que así habrá de decidirse, con la precisión de que como la petición en vía gubernativa se formuló por el demandante el 29 de abril de 2003, los derechos causados con anterioridad al 29 de abril de 2000 se encuentran prescritos de conformidad con el artículo 155 del decreto 1212 de 1990.

Sin embargo, la pensión debe reliquidarse hasta el reajuste que dispuso el artículo 42 del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, habida cuenta que la norma en cita estableció nuevamente el sistema existente en la vigencia del Decreto 1212 de 1990, de la oscilación de las asignaciones

del personal en actividad.

Las diferencias resultantes se ajustarán en su valor aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente partida de saldo de reajuste pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago). Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

En consecuencia, se revocará la sentencia apelada y en su lugar se accederá a las pretensiones de la demanda con las precisiones anotadas previamente, y negando lo relativo a la indemnización del daño moral, pues no fue demostrado, y la condena en costas de la demandada por no haberse causado.

En mérito de lo expuesto, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

REVÓCASE la sentencia apelada proferida el 9 de marzo de 2006 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso incoado por ALFONSO BARRAGÁN SALGUERO y, en su lugar se dispone:

DECLÁRASE la nulidad del Oficio No. 335 de 13 de mayo de 2003 proferido por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

CONDÉNASE a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -a título de restablecimiento del derecho- a reconocer y pagar a ALFONSO BARRAGÁN SALGUERO la diferencia en el reajuste anual de su asignación de retiro, teniendo en cuenta el artículo 14 de la ley 100 de 1993, debidamente ajustado su valor, con aplicación de la fórmula dicha, hasta el reajuste pensional del decreto 4433 de 2004.

Las sumas adeudadas devengarán intereses comerciales dentro del término establecido en el artículo 176 del CCA y moratorios a partir del vencimiento del mismo.

DECLÁRANSE prescritas las diferencias de reajuste causadas con anterioridad al 29 de abril de 2000.

DENIÉGANSE las demás pretensiones

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

GERARDO ARENAS MONSALVE

JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

Ausente por comisión de servicios

William Moreno Moreno

Secretario



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

