

REGIMEN PENSIONAL DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA - Naturaleza Jurídica / REGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LA FUERZA PUBLICA - Competencia del Gobierno Nacional para su regulación / REAJUSTE DE ASIGNACION DE RETIRO - A partir de la vigencia de la ley 238 de 1995 el reajuste se hace teniendo en cuenta la variación porcentual del índice de precios al consumidor

Después de recordar la Caja que el régimen de pensiones de los miembros de la Fuerza Pública es de naturaleza especial de conformidad con los mandatos de los artículos 217 y 218 de la Constitución Política, dijo que a partir de la expedición de esta, la competencia para establecer el régimen prestacional de aquellos miembros le corresponde al Gobierno Nacional dentro de los señalamientos que haga el legislador a través de una ley marco (art. 150, numeral 19 de la C.P.). A partir de la vigencia de la ley 238 de 1995, el grupo de pensionados de los sectores excluidos de la aplicación de la ley 100 de 1993, sí tienen derecho a que se les reajuste sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE como lo dispuso el artículo 14 de la última, y a la mesada 14 en los términos del artículo 142 ibídem. **NOTA DE RELATORIA:** Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

APLICACION DE LA LEY MAS FAVORABLE - Reajuste asignación de retiro con base en el índice de precios al consumidor / INAPLICACION NORMATIVA - Casos en que no procede / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL - Aplicación en asignación de retiro

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 inexequible. Y la Sala encuentra que la ley 238 de 1995 es mas 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. En efecto, en el caso concreto la Sala pudo establecer que al actor le resulta más favorable el reajuste de la pensión, con base en el IPC (Ley 100 de 1993), como lo demuestra el siguiente cuadro comparativo, efectuado por el Contador de la Sección Cuarta de esta corporación, según lo dispuesto en auto proferido con fundamento en el artículo 169 del C.C.A. **NOTA DE RELATORIA:** Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

LIMITE DEL DERECHO - El reajuste pensional debe liquidarse hasta la vigencia de la norma que lo creo

El reajuste pensional aquí reconocido, debe liquidarse hasta el reajuste dispuesto por el artículo 42 del decreto 4433 de 2004, debido a que esta norma volvió a establecer el mismo sistema que existió bajo la vigencia del decreto 1212 de 1990,

o sea decir, teniendo en cuenta la oscilación de las asignaciones del personal en actividad. **NOTA DE RELATORIA:** Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: JAIME MORENO GARCIA

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil siete (2007).

Radicación número: 25000-23-25-000-2003-08152-01(8464-05)

Actor: JOSE JAIME TIRADO CASTAÑEDA

Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante **José Jaime Tirado Castañeda**, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 8 de abril de 2005, que le denegó sus pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho respecto del oficio 521 del 8 de julio de 2003 del Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional que, a su vez, le denegó al actor el reconocimiento y pago de diferencias de reajuste de la asignación de retiro, pedidas con apoyo en el artículo 1º de la ley 238 de 1995.

Antecedentes:

En los **hechos** de la demanda, el actor relató que sirvió en la Policía Nacional por espacio de 36 años largos, habiendo alcanzado el grado de Coronel; que su retiro se produjo a partir del 11 de marzo de 1987 y que la Caja de Sueldos de Retiro demandada le reconoció asignación de retiro o pensión, mediante la resolución 0645 de 1987 expedida por la misma entidad; que el incremento anual se ha dispuesto en la proporción señalada en el sistema de oscilación consagrado en el artículo 151 del decreto 1212 de 1990; que la ley 238 de 1995 adicionó el artículo 279 de la ley 100 de 1993 y dispuso para los incrementos pensionales de la Fuerza Pública que las excepciones consagradas en el referido artículo 279 no implicaban negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de la ley 100 para los pensionados de los sectores allí contemplados; que lo

anterior demuestra que el actor ha debido recibir aumento en su asignación de retiro con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE del año inmediatamente anterior, pero no con el resultado del sistema de la oscilación antes mencionado; que la aplicación del sistema de oscilación para el reajuste pensional ha perjudicado al demandante, pues desde 1996 hasta el año 2003 se le adeuda la suma de \$37'235.502.00; que el actor elevó solicitud ante la Caja demandada para que se le diera aplicación a la ley 238 de 1995, que fue respondida negativamente por medio del oficio acusado; y que el 25 de julio de 2003 el Gobierno Nacional expidió el decreto 2070 que reformó el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, mediante el cual se regresó al sistema de reajuste pensional oscilatorio.

Como **normas violadas** se invocaron los artículos 1 a 6, 13, 16, 25, 42, 44, 46, 48 inciso final 51, 52, 53 inciso 3º, 90, 150-10 y 220 de la Constitución Política; 279 parágrafo 4º de la ley 100 de 1993, ley 238 de 1995 y 151 del decreto 1212 de 1990.

La explicación del **concepto de la violación** se expuso en los términos que obran a folios 25 a 42 de los autos.

En la **contestación de la demanda**, la Caja demandada dijo que las pretensiones no podían prosperar por cuanto que el actor no tiene el derecho según las normas legales establecidas, expuso las razones de su defensa, se refirió a los hechos y propuso la excepción de ineptitud de la demanda por inexistencia del derecho, cosa juzgada constitucional por la sentencia C-941 de 2003; inepta demanda por falta de objeto de la acción de nulidad, inepta demanda por falta de técnica jurídica y por falta de estimación razonada de la cuantía.

El Tribunal denegó las pretensiones al considerar que el régimen de la **asignación de retiro** de los miembros de la fuerza pública es especial y diferente del establecido en la ley 100 de 1993, por lo cual a ese derecho no le es aplicable el mandato contenido en la ley 238 de 1995 que está referido únicamente para los titulares de **pensiones**; al efecto reprodujo jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencia C-941 del 15 de octubre de 2003), según la cual es diferente el régimen de reajuste de pensiones de los oficiales y suboficiales de la policía nacional del régimen de reajuste de las asignaciones de retiro.

Trámite del recurso. Se surtieron las etapas correspondientes a la apelación, en la que la parte recurrente sustentó el recurso y todas tuvieron oportunidad de presentar sus alegatos de conclusión.

Como no se advierte causal alguna de nulidad procesal que invalide la actuación, se resuelve el recurso previas las siguientes **consideraciones**:

1. El acto acusado (f.2-5). Por medio del oficio 521 de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se respondió la petición que formuló el actor sobre el pago de las diferencias resultantes en el aumento de su asignación de retiro como resultado de los mandatos de la ley 238 de 1995. Después de recordar la Caja que el régimen de pensiones de los miembros de la Fuerza Pública es de naturaleza especial de conformidad con los mandatos de los artículos 217 y 218 de la Constitución Política, dijo que a partir de la expedición de esta, **la competencia** para establecer el régimen prestacional de aquellos miembros le corresponde al Gobierno Nacional dentro de los señalamientos que haga el legislador a través de una ley marco (art. 150, numeral 19 de la C.P.).

Que como consecuencia, se expidió la ley 4ª de 1992 que le señaló al Gobierno Nacional los criterios y objetivos a los cuales debía sujetarse para la expedición del régimen prestacional de los empleados públicos, los miembros del Congreso y de la Fuerza Pública; que dicho estatuto señaló en su artículo 13 precisamente, la forma como deben reajustarse las asignaciones de retiro de este personal, estableciendo el principio de NIVELACIÓN e IGUALDAD entre la remuneración del personal activo y el personal retirado, esto es, que las asignaciones de retiro se reajustarán en la misma proporción en que se incrementen los sueldos del personal activo, teniendo en cuenta los principios consagrados en el artículo 2º letras h) e i) ibídem, de sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal, y de racionalización de los recursos públicos de acuerdo con su disponibilidad, teniendo en cuenta las limitaciones presupuestales para cada organismo o entidad.

Agregó la Caja que debía entenderse que el Gobierno Nacional al expedir los decretos 107 de 1996, 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001 y 745 de 2002, lo hizo con el objeto de señalar las pautas que regirían los reajustes de las pensiones, **siendo estas las normas especiales** que

regularon la materia específica y que la Caja acató conforme al mandato de las normas descritas.

Resaltó que la Caja no podía hacer aumentos superiores a los establecidos, conforme lo pretendió el actor, porque desbordaría los límites dispuestos por el legislador.

Invocó el artículo 10° 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.”** (negrilla de la Caja).

Y prosiguió: “En consecuencia, lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 238 de 1.995 no puede interpretarse en contravención del 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, que constituye **“la esencia del régimen pensional especial”** aplicable al personal de la Fuerza Pública.”

Finalmente agregó que el principio de nivelación u oscilación de las asignaciones de retiro, aplicable de manera exclusiva al personal de la Fuerza Pública, tiene como objetivo preservar el derecho a la igualdad entre iguales, el personal activo y el personal retirado, y su desconocimiento provocaría una descompensación injusta e **ilegal** en contra del personal activo.

2. La ley 100 de 1993 en su artículo 279 excluyó de su aplicación al siguiente grupo de servidores del Estado:

- a) Miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.
- b) Personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción del que se vincule a partir de la vigencia de la ley.
- c) Miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.
- d) Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- e) Trabajadores de empresas que a la vigencia de la ley estuvieran en concordato preventivo y obligatorio, y
- f) Servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos ni sus pensionados, excepción hecha de quienes se vinculen por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, bajo las condiciones allí previstas.

Por consiguiente, no existe la menor duda en el sentido de que bajo los mandatos del artículo original 279 de la ley 100 de 1993 los pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional no era acreedores del reajuste de sus pensiones como lo dispone el artículo 14 de aquella, vale decir, teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, sino como lo disponía el decreto 1212 de 1990, o sea mediante la oscilación de las asignaciones de los miembros de la Policía Nacional en actividad.

Pero, la ley 238 de 1995, adicionó el 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.”

Lo cual quiere significar que a partir de la vigencia de la ley 238 de 1995, el grupo de pensionados de los sectores excluidos de la aplicación de la ley 100 de 1993, sí tienen derecho a que se les reajuste sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE como lo dispuso el artículo 14 de la última, y a la mesada 14 en los términos del artículo 142 ibídem.

Solo que, como se resumió anteriormente, la Caja demandada alegó un problema de **competencia** para regular el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, porque según ella es materia que le corresponde al Gobierno Nacional en ejercicio de la ley 4ª de 1992, y de **prevalencia** de esta última sobre cualquier otra norma que pretenda regular aquel régimen de manera diferente. En otras palabras, según se vio, la Caja demandada no le dio aplicación a la ley 238 de 1995 por considerar que prevalecen los mandatos de la ley 4ª de 1992 porque quedaría de manera injusta el personal en actividad en inferioridad de condiciones al personal retirado.

3. En relación con la **competencia** para expedir la ley 238 de 1995, la Sala no pone en duda que el Congreso de la República la tenía en los términos de la Constitución Política (artículo 150).

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 inexecutable, lo cual es bien diferente.

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 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 mas 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.

En efecto, en el caso concreto la Sala pudo establecer que al actor le resulta más favorable el reajuste de la pensión, con base en el IPC (Ley 100 de 1993), como lo demuestra el siguiente cuadro comparativo, efectuado por el Contador de la Sección Cuarta de esta corporación, según lo dispuesto en auto proferido con fundamento en el artículo 169 del C.C.A.

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.

6. La acción, pues, debe prosperar, con prescripción de los derechos causados con anterioridad al 25 de junio de 1999, por prescripción cuatrienal (f.10) según los mandatos del artículo 155 del decreto 1212 de 1990, cuyas diferencias deberán ajustarse en su valor con aplicación de 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.

7. **Límite del derecho.** El reajuste pensional aquí reconocido, debe liquidarse hasta el reajuste dispuesto por el artículo 42 del decreto 4433 de 2004, debido a que esta norma volvió a establecer el mismo sistema que existió bajo la vigencia del decreto 1212 de 1990, o sea decir, teniendo en cuenta la oscilación de las asignaciones del personal en actividad.

8. **Perjuicios morales.** No fueron demostrados.

9. **Intereses.** Las sumas adeudadas devengarán intereses comerciales dentro del término establecido en el artículo 176 del CCA y moratorios vencido el mismo.

10. No habrá condena en **costas**, por no aparecer causadas.

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,

FALLA:

Revocase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 8 de abril de 2005 en el proceso promovido por **José Jaime Tirado Castañeda** y, en su lugar se dispone:

1. Declarase que es nulo el oficio 521 del 8 de julio de 2003 proferido por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

2. A título de **restablecimiento del derecho, condénase** a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional a reconocer y pagar al actor 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.

3. Al mismo título, las sumas adeudadas devengarán intereses comerciales dentro del término establecido en el artículo 176 del CCA y moratorios a partir del vencimiento del mismo.

4. Decláranse prescritas las diferencias de reajuste causadas con anterioridad al 25 de junio de 1999.

5. Deniégase la pretensión de perjuicios morales.

6. Sin costas por no aparecer causadas.

Cópiese, notifíquese, devuélvase a la Sección de origen y cúmplase. La anterior providencia fue estudiada, por la Sala en sesión de la fecha.

ALBERTO ARANGO MANTILLA

JESÚS M. LEMOS BUSTAMANTE
Aclaración de voto

JAIME MORENO GARCIA

ANA MARGARITA OLAYA FORERO

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO
Aclaración de voto

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

WILLIAM MORENO MORENO
Secretario