

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI

Santiago de Cali, veintidós (22) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

Teniendo en cuenta lo ordenado en el artículo 182 del CPACA, en la fecha se procede por parte de este despacho a dictar sentencia por escrito dentro del presente asunto.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: MARIA DIVA BARAHONA BUENO

DEMANDADO: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL – CASUR-

RADICACIÓN No.: 76001-33-33-003-2015-00431-00

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA No.: 147

1. ANTECEDENTES.

1.1. LA DEMANDA.

Mediante la demanda incoada se solicita que se provea a estas declaraciones:

“Primera.- Que se declare la nulidad del acto administrativo Oficio No. 13426 / OAJ de fecha AGOSTO 3 de 2.015, notificado el 5 de Agosto de 2015, suscrito por el señor Brigadier General (r) JORGE ALIRIO BARON LEGUIZAMON, en calidad de Director General de la Caja de Sueldos de la Policía Nacional, mediante el cual negó al actor el reajuste de la asignación mensual de retiro y el incremente la asignación mensual de retiro, con fundamento en los incrementos del Índice de Precios al Consumidor (IPC).

Segunda.- Que como consecuencia de la declaración de nulidad del oficio antes mencionado, se ordene a la Caja de Sueldos de la Policía Nacional, reconocer, reajustar y pagar a mi mandante los reajuste anuales a su asignación mensual de retiro, teniendo en cuenta los porcentajes o valores del Índice de Precios al Consumidor (IPC) dejados de incrementar, en las proporciones y por los períodos que se hace referencia en esta demanda.

La diferencia en asignación inicia en el año de 1997 cuando el IPC A tener en cuenta (el de 1996) fue de 21.63% y el aplicado por la Policía Nacional para ese año fue de 17.49% lo que generó una diferencia porcentual a favor de mi poderdante como se evidencia en el siguiente cuadro explicativo.

(...)

Lo adeudado a mi poderdante por concepto de IPC es la suma de VEINTIOCHO MILLONES SESENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS OCHENTA PESOS (\$28.063.480,00) más la INDEXACION correspondiente por las 89 mesadas desde Julio de 2009 hasta Noviembre 2015 o hasta que se haga efectivo el pago, más los intereses moratorios que genere el cumplimiento tardío del pago de la sentencia.

Tercera.- Se ordene a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional incrementar la asignación de retiro de mi poderdante en la suma de TRESCIENTOS QUINCE MIL TRESCIENTOS VEINTE PESOS (\$315.320,00), en la forma aquí señalada."

1.2. HECHOS.

El apoderado de la parte actora, expuso los hechos que se sintetizan de la siguiente manera

1.2.1. Al señor LUIS GONZAGA CARDONA MORALES, después de Veintidós (22) años, Cinco (5) meses y veintitrés (23) días, le fue reconocida por parte de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR la asignación mensual de retiro a través de la Resolución No. 3898 del 19 de agosto de 1976.

1.2.2. Con el fallecimiento del señor LUIS GONZAGA CARDONA MORALES, la entidad demandada mediante Resolución No. 1145 del 30 de marzo de 2007 reconoció la sustitución de la asignación mensual de retiro a la señora MARIA DIVA BARAHONA BUENO.

1.2.3. La señora BARAHONA BUENO el 20 de marzo de 2015, presentó solicitud ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR para el incremento de su asignación mensual de retiro con base en lo establecido en la Ley 238 del 26 de diciembre de 1995, teniendo en cuenta el Índice de Precios al Consumidor.

1.2.4. La entidad demanda dio respuesta negativa a la solicitud realizada por la parte demandante, a través del Oficio No. 13426/OAJ de fecha AGOSTO 3 de 2.015, notificado el 5 de Agosto.

1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Como tal se señalaron:

- Constitucional: Preámbulo y artículos 1, 2, 13, 48, 53 y 220.
- Legales: Artículos 14, 142 y 279 de la Ley 100 de 1993; Ley 238 de 1995 y artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.

1.4. CONCEPTO DE VIOLACION.

En síntesis la parte actora fundamenta el concepto de violación señalando que al institucionalizarse el pago de los derechos y beneficios consagrados en los

artículos 14 y 142 de la ley 100 de 1993, autorizados por la Ley 238 de 1995, para las personas que hacen parte de los Regímenes Especiales que estipula el artículo 279 de la misma ley, no solamente se está desconociendo una norma legal, sino una de rango Constitucional (artículo 220) por parte de la entidad demandada, las cuales reconocen a los miembros de la Fuerza Pública con asignación de retiro y/o pensión y beneficiarios, el derecho a las pensiones y su respectivo incremento anualmente con base en el I.P.C., además de determinar las pautas de hermenéutica jurídica sobre interpretación de la ley y varios principios Constitucionales.

En ese orden de ideas, la posición de la parte demandada de no aplicar la Ley 238 de 1995, originó la expedición del oficio demandado suscrito por el señor Brigadier General JORGE ALIRIO BARON LEGUIZAMON, que desconoció las normas jurídicas citadas y el reajuste de la asignación de retiro de la actora con los incrementos anuales con base en el IPC.

Finalmente indicó, que el legislador al expedir la Ley 238 de 1.995, quiso corregir las injusticias que se venían cometiendo frente a las personas amparadas en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y recogió los pronunciamientos hechos por la Honorable Corte Constitucional, imperativo que la Policía Nacional no acepta cumplir. Dicha Ley 238 decidió hacer extensivos los derechos consagrados en los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993, a todos los exceptuados en el mencionado artículo 270 ibídem de manera general y sin discriminaciones.

1.5. TRAMITE PROCESAL.

La demanda es admitida mediante proveído No. 143 del 8 de marzo de 2016 (fl. 24), procediéndose a notificar a la entidad demandada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y a la Agente del Ministerio Público (fls. 27-31).

Dentro del término, la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL –CASUR- contestó la demanda manifestando que se opone a la pretensión de condena en costas pero que la entidad está presta a reconocer y pagar el reajuste del IPC en tanto la titular tenga el derecho (fls. 43-54).

Como razones de defensa, sostuvo que el incremento de la asignación de retiro por mandato legal está en cabeza del Presidente de la República, por tanto, no puede aceptarse que por vía jurisprudencial se adopten incrementos a la escala salarial de los miembros de la fuerza pública, pues es tema de reserva legal, el establecer las pautas básicas y mínimas en relación con las normas, parámetros y criterios a los que debe sujetarse el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial, no solo de los empleados públicos, sino de los miembros de la fuerza pública.

Además, al gozar los miembros de la fuerza pública de un régimen especial, este contempla los reajustes anuales a la asignación de acuerdo con las variaciones que se introduzcan en las asignaciones pagadas a los policías que se encuentren en servicio activo de acuerdo con cada grado; para lo anterior el Gobierno Nacional

anualmente fija los incrementos de los sueldos básicos del personal en actividad reajustando con ello las asignaciones de retiro.

Finalmente arguyó, que el principio de oscilación de las asignaciones de retiro, consagrado en el Decreto Ley 1212 de 1990 y el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, únicamente es aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y tiene como objetivo mantener el poder adquisitivo de la asignación de retiro y preservar el derecho a la igualdad entre policías y militares en actividad y en retiro, su desconocimiento provocaría una descompensación injusta e ilegal en contra del personal activo, cuyos salarios son reajustados anualmente por el Gobierno Nacional.

Propuso como excepción la siguiente:

- **PRESCRIPCIÓN DE LAS MESADAS:** Fundada en que el derecho al reajuste de la asignación de retiro del actor no prescribe en cuanto al derecho pensional, sin embargo, hay lugar a la aplicación de la prescripción cuatrienal sobre el pago de las diferencias causadas en las mesadas pensionales con motivo al reconocimiento de este derecho.

1.5.1. DE LA AUDIENCIA INICIAL¹ – ART. 180 C.P.A.C.A.

El día 30 de agosto de 2016, se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A. En dicha diligencia se procedió a realizar el saneamiento del proceso, se pronunció sobre las excepciones previas. Paso seguido se fijó el litigio circunscribiéndose a si el acto administrativo contenido en el oficio No. 13426 OAJ del 3 de agosto de 2015, expedido por el Director de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se encuentra viciado de nulidad y en caso positivo decretar el correspondiente restablecimiento del derecho ordenando a la parte demandada proceder al reajuste anual de la sustitución pensional de la asignación de retiro de la actora con inclusión de los porcentajes del índice de precios al consumidor –IPC decretados por el DANE para los años 1997 a 2004; además se intentó la conciliación, declarándose fallida.

Igualmente, se decreta como pruebas los documentos aportados por la demandante (fls. 1-12) y los aportados por la entidad demanda (fls. 38-45) los cuales se encuentran relacionados en el acta de audiencia inicial (fl. 50).

1.5.2. ALEGATOS DE CONCLUSION.

No existiendo más pruebas por practicar, de conformidad con el artículo 179 del C.P.A.C.A., se ordenó prescindir de la segunda etapa de “Audiencia de Pruebas” y se constituyó el despacho en “Audiencia de Juzgamiento”.

Igualmente, con fundamento en los numerales 1° y 2° del artículo 182 ibídem, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión, interviniendo los

¹ Folios 49 a 51 del expediente.

apoderados de las partes para ratificar los argumentos expuestos en la demanda y en la contestación de la demanda, según quedó registrado en CD que obra a folio 56 del informativo.

Posteriormente se procedió a indicar el sentido del fallo, señalando que la sentencia se consignaría por escrito en el término dentro de los diez (10) días siguientes, correspondiendo notificarla personalmente por correo electrónico, tal y como lo ordena el artículo 203 ibídem.

2. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR.

Se observa que el proceso se ha adelantado con todas las etapas procesales correspondientes y como no se advierte ninguna causal que pueda generar la nulidad de la actuación, se procede a decidir lo que en derecho corresponda.

De otra parte se ha cumplido a cabalidad con el principio del debido proceso, garantizándose la libre intervención de las partes en el proceso, particularmente permitiéndoseles el ejercicio del derecho de defensa, circunstancias que conducen a estimar que la actuación y trámite es avalada por el ordenamiento jurídico.

3. CUESTION DE FONDO.

3.1. EL PROBLEMA JURÍDICO.

El presente asunto insta a responder si: ¿Es procedente el reajuste de la sustitución de asignación de retiro a la demandante, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor?

¿En caso afirmativo, se viola el derecho de igualdad, favorabilidad, el principio de oscilación e inescindibilidad al incrementar el reajuste de la asignación de retiro de la Fuerza Pública conforme al I.P.C.?

3.2 MARCO JURIDICO.

Para empezar, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 150 de la Carta Política, corresponde al Congreso de la República fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, los miembros del Congreso y de la Fuerza Pública. Particularmente frente a éstos últimos la Constitución Nacional de igual forma dispuso que los miembros de la fuerza pública seguirán un régimen especial prestacional y disciplinario determinado por la Ley.

En la definición de dicho régimen salarial y prestacional, confluye tanto el ejercicio de la competencia que corresponde, en primer término, al Congreso de la República y la otorgada al Presidente de la República dentro del marco que le fije aquél conforme a los criterios generales que guían la forma en que habrá de regular una determinada materia. Estatuye el artículo 150 de la Norma Superior:

“ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

Artículo 19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

(...)

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional, y de la Fuerza Pública;(…)”

La misma Carta Magna en sus artículos 217 y 218 establece la integración de la fuerza pública y sus funciones, al establecer lo siguiente:

“ARTICULO 217. La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.”

“ARTICULO 218. La ley organizará el Cuerpo de Policía.

La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.”

Así mismo, el artículo 1º, literal d) de la Ley 4ª de 1992, establece:

“ARTICULO 1º. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

(...)

d) Los miembros de la Fuerza Pública.”

Sobre el carácter especial del régimen aplicable a la Fuerza Pública, la Sala Plena de la Corte Constitucional, mediante sentencia C-432 del 06 de mayo de 2004, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, sostuvo que:

“Es claro entonces que la existencia de un régimen especial para los miembros de la fuerza pública, no solo tiene su fundamento constitucional en la consagración expresa de los artículos 150, numeral 19, literal e), 217 y 218 del texto superior, sino también en la diversidad de vínculos jurídicos para acceder a la función pública y que, sin lugar a dudas, conducen a una distinta nominación del empleo, de la categoría del servidor y de la naturaleza de sus funciones, que lógicamente conllevan al señalamiento de un régimen salarial y prestacional distinto.

Se puede entonces considerar que un régimen prestacional especial es aquel conjunto normativo que crea, regula, establece y desarrolla una serie o catálogo de prestaciones a favor de un grupo social determinado que, a pesar de tener su origen en un derecho general o de mayor entidad, goza de una regulación propia, en virtud de ciertas características individuales que le dotan de plena singularidad.”

El artículo 279 de la Ley 100 de 1993, excluyó del Sistema Integral de Seguridad Social, entre otros, al personal de la Fuerza Pública a saber:

“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.”

El anterior artículo fue adicionado por la Ley 238 de 1995, en los siguientes términos:

“ARTICULO 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 artículo 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados.

ARTICULO 2º. Vigencia: La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.”

Según lo dispuesto en el párrafo mencionado, los miembros de la Fuerza Pública tienen derecho a la liquidación de su asignación de retiro conforme al índice de precios al consumidor y no con el sistema de oscilación establecido por el Decreto 1213 de 1990, toda vez que su interpretación permite establecer que ya no se encuentran excluidos del régimen prestacional de la Ley 100 de 1993.

Sobre el tema estudiado la Sala Plena de la Honorable Corte Constitucional mediante sentencia C-941 de 15 de octubre de 2003, expediente D-4531, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis, al advertir la constitucionalidad del artículo 151 del Decreto 1212 de 1990, expresó lo siguiente:

“...en el caso de que la variación porcentual del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE, para el año inmediatamente anterior a aquél en que se vaya a efectuar el reajuste de las pensiones, SEA SUPERIOR al porcentaje en que se incremente el salario mínimo mensual, las personas cuya pensión sea igual al salario mínimo mensual vigente, tendrán derecho a que ésta se les aumente conforme a tal índice.

Es decir que en relación con el reajuste de las pensiones para los oficiales y suboficiales de la policía nacional o sus beneficiarios reconocidas de acuerdo con el Decreto 1212 de 1990, claramente resulta aplicable el artículo 14 de la ley 100 de 1993, pues el artículo 1º de la ley 238 de 1995 se refirió específicamente a los pensionados de los sectores que fueron excluidos por el artículo 279 de la ley 100 de 1993.”

La Corte Constitucional en sentencia C-432 del 06 de mayo de 2004, expediente D-4882, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil, modificó su criterio sobre la

naturaleza jurídica de la "asignación de retiro", al revisar la constitucionalidad del Decreto Ley 2070 de 2003, en esa oportunidad indicó:

"Siguiendo esta línea de argumentación, la Corte se encuentra ante un nuevo interrogante, a saber: ¿Qué naturaleza jurídica tiene la "asignación de retiro" prevista en los artículos demandados del Decreto 2070 de 2003?"

Es una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de un cierto grado de especialidad (en requisitos), atendiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce. Se trata, como bien lo afirman los intervinientes, de establecer con la denominación de "asignación de retiro", una pensión de vejez o de jubilación para los miembros de la fuerza pública, en la medida que el resto del ordenamiento especial de dichos servidores públicos, se limita a regular las pensiones de invalidez y sobrevivientes.

(...)

Por otra parte, la doctrina viviente a partir de la interpretación sistemática de los Decretos-Leyes 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990, ha reconocido la incompatibilidad de la asignación de retiro y de las otras pensiones militares, como prestaciones fundamentales del régimen especial de los miembros de la fuerza pública.

Dicha incompatibilidad se origina en la prohibición constitucional de conceder más de una asignación que provenga del tesoro público, cuya causa o fuente de reconocimiento sea la misma, es decir, en este caso, la prestación del servicio militar durante largos periodos de tiempo. Al respecto, el artículo 128 de la Constitución establece que: "Nadie podrá (...) recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, (...), salvo los casos expresamente determinados por la ley (...)"... Por ello, no es cierto como lo sostiene la accionante que se trate de un beneficio adicional desproporcionado e irracional. Por el contrario, se trata de una prestación susceptible de reconocimiento por el retiro del servicio activo (al igual que la pensión de vejez) y que, por su propia naturaleza, es incompatible con otras pensiones militares. Lo anterior, no es óbice para que se reconozcan pensiones de jubilación e invalidez provenientes de otras entidades de derecho público, siempre que se causen en diferente tiempo, provengan de distinta causa y tengan un objeto no asimilable.

La Sala Plena hace suyos los planteamientos de la doctrina más autorizada sobre la materia, la cual ha sostenido que:

(...) 1.3 compatibilidad de la asignación de retiro. Estableció el legislador extraordinario la compatibilidad de las asignaciones de retiro y pensiones militares con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos y con las pensiones de jubilación e invalidez provenientes de entidades de derecho público. Los incisos 1º y 3º del artículo 175 del decreto 1211 de 1990, señalan: (...)

Las asignaciones de retiro y las pensiones militares son compatibles con las pensiones de jubilación e invalidez provenientes de entidades de derecho público.

Dicha compatibilidad constituye una excepción a la prohibición contenida en el artículo 128 de la Carta Política, según la cual "nadie podrá desempeñar

simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley". Y dentro de las asignaciones exceptuadas de tal prohibición, la ley 4ª de 1.992, señala:

b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública (art. 19).

A contrario sensu, no son compatibles entre sí las prestaciones causadas por servicios militares, tal es el caso de las asignaciones de retiro y las pensiones militares, las cuales tampoco son reajustables por servicios prestados a entidades de derecho público; son igualmente incompatibles con las pensiones de invalidez o de retiro por vejez, pudiendo el interesado optar por la más favorable (art. 175, inc. 2º).

(...)

El alcance de la compatibilidad de las asignaciones de retiro y las pensiones militares con pensiones de jubilación o de invalidez de entidades de derecho público, implica que se causen con tiempos diferentes de servicio, pues, no es posible con un mismo tiempo obtener dos prestaciones que tienen idéntica causa y objeto. Tal sería el caso de acumular los 15 años de servicio mínimo para tener derecho a la asignación de retiro, con cinco años de servicio en una entidad de derecho público para optar por la pensión de jubilación; si el beneficiario pretende hacer valer el tiempo servido como militar deberá sustituir la asignación de retiro o la pensión militar por la pensión de jubilación de la entidad oficial.

Así lo ha reiterado la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en fallos de 18 de agosto de 1.977, radicación 1831; 25 de abril de 1.991, radicación 979, 20 de mayo de 1.991, radicación 1211 y 27 de noviembre de 1.995, radicación 7253 (...) Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: César Hoyos Salazar, sentencia del 23 de septiembre de 1998, radicación número: 1143. Igualmente, dicha incompatibilidad es reconocida por el Decreto 2070 de 2003, en su artículo 36. Al respecto, la citada norma dispone que: "Compatibilidad de la asignación de retiro y pensiones. Las asignaciones de retiro y pensiones previstas en el presente decreto, son compatibles con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos, incluidos los correspondientes a la actividad militar o policial, por movilización o llamamiento colectivo al servicio y con las pensiones de jubilación e invalidez provenientes de entidades de derecho público. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente decreto, son incompatibles entre sí y no son reajustables por servicios prestados a entidades de derecho público, pero el interesado puede optar por la más favorable.

Conforme a lo anterior, no existe duda alguna en relación con la naturaleza prestacional de la asignación de retiro. Adicionalmente, es indiscutible que dicha prestación cumple un fin constitucional determinado, pues conforme a lo expuesto, tiene como objetivo principal beneficiar a los miembros de la fuerza pública, con un tratamiento diferencial encaminado a mejorar sus condiciones económicas por la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares. (Subrayado fuera de texto).

Este Despacho comparte de manera integral los conceptos expuestos por la Corte en el aparte transcrito, por cuanto del análisis de las normas que regulan la fijación de la asignación de retiro y de la pensión de invalidez a que tienen derecho los miembros de la fuerza pública, su compatibilidad e incompatibilidad con otras remuneraciones provenientes del Tesoro Público y con otras pensiones, se puede concluir que tienen similitud, a pesar que, guardan sus propias características.

Los servidores de la fuerza pública, por regla general no se pensionan cuando reúnen requisitos de edad y tiempo de servicio conforme a la ley, sino que se retiran para gozar de una prestación que se denomina "asignación de retiro", en principio, porque su régimen permite que puedan ser llamados nuevamente al servicio, en cuanto obtienen ese derecho siendo muy jóvenes, en comparación con otros servidores públicos.

Así pues, es preciso aceptar que, como lo ha mencionado la jurisprudencia, el régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública es de carácter especial, hasta el punto que previó la asignación de retiro en reemplazo de las pensiones de jubilación y de vejez, precisamente para que pudieran incrementarse como los sueldos de los miembros activos, según la regulación que venía rigiendo, creando una garantía de la cual no han disfrutado los demás servidores públicos, sobre la base de atender las condiciones de la función, sometida a los continuos riesgos de su cumplimiento. Sin embargo, esa circunstancia no la puede convertir en una prestación diferente en su esencia a la pensión, bien de jubilación, o bien de vejez.

En este sentido, es justo considerar que la asignación de retiro, desde el punto de vista prestacional, tiene la misma naturaleza jurídica que la pensión de invalidez, señalada en las normas legales para los miembros de la fuerza pública, es decir, cubre el riesgo de la seguridad social al proteger a una servidor que cesa en su labor auxiliado con un pago económico vitalicio y, por lo mismo, esa naturaleza jurídica es similar a las demás pensiones previstas para todos los servidores públicos y privados. En consecuencia, las normas que regulen aspectos sobre esta prerrogativa y, que de alguna manera, se hagan extensivas a pensionados sometidos a regímenes especiales, deben aplicarse también a los miembros retirados de las fuerzas militares y de la policía que gocen de pensión de invalidez o de asignación de retiro.

Por lo dicho se concluye que la garantía prescrita en la Ley 238 de 1995, disposición transcrita en consideración anterior y, que permite que las pensiones señaladas y reconocidas bajo el imperio de normas especiales, se puedan incrementar por los métodos descritos en los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993.

El mencionado artículo 14 de la Ley 100 de 1993, ordena:

"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 incrementa dicho salario por el Gobierno.”

La discusión sobre esta materia ha versado en relación con la forma como se han reajustado las asignaciones de retiro aludidas, método que se sustenta en el llamado “*principio de oscilación*”, es decir, que las asignaciones de los miembros retirados se incrementan en el mismo porcentaje que las asignaciones de los miembros en actividad.

Advirtiendo que el extinto señor LUIS GONZAGA CARDONA MORALES, cuando estaba en servicio activo ostentaba la calidad de Agente de la Policía Nacional (fls.4-5 necesario es referirse al Decreto 1213 de 1990 “*Por el cual se reforma el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional*”. El mencionado principio de oscilación se encuentra consagrado en el artículo 110, que a la letra dice:

“ARTICULO 110. – OSCILACION DE ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIONES. Las asignaciones de retiro y 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 un Agente y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 100 de este Estatuto; en ningún caso aquéllas serán inferiores al salario mínimo legal. Los Agentes o 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.”

En verdad, el método descrito, como se indicó, constituye una prerrogativa para estos servidores, sin embargo, con los cambios económicos que ha sufrido el país, es muy probable que los sueldos de los miembros de la fuerza pública, aumente algunos años en un porcentaje inferior al del IPC, o no aumente como ocurrió en el año 2003. Pero la Ley 238 de 1995 se adelantó a los acontecimientos y previó que, a pesar de estar excluidos algunos regímenes de las disposiciones de la Ley 100 de 1993, por ser especiales, como el que es objeto de estudio, ello no implica la negación de los beneficios determinados en los artículos 14 y 142 de la citada Ley 100 de 1993.

Los regímenes salariales y prestacionales especiales prevalecen sobre los generales, lo que implica que no puede hacerse una mixtura entre lo favorable del especial y lo favorable del general², por cuanto se generaría una desventaja y con ella una desigualdad para los servidores sometidos al régimen general que no tendrían opción de ver mejorados sus derechos, sino a través de una reforma normativa, igualmente de acuerdo con el principio de inescindibilidad no es posible aplicar una parte de la normatividad más favorable, pues, no es viable jurídicamente aplicar porciones o partes de leyes que sean favorables y el resto de dicha ley no aplicarla, pero en casos como el estudiado, es el mismo legislador

² Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D: Magistrado Ponente doctora María del Carmen Jarrín Cerón, expedientes 2002-8681 y 2000-5704, sentencias de 1º de septiembre de 2005 y 11 de abril de 2002.

quien ha dispuesto la aplicación parcial de las normas generales que, en determinadas circunstancias resulten más favorables a beneficiarios de regímenes especiales, cuando sus disposiciones queden rezagadas produciendo un desmejoramiento de los derechos laborales y prestacionales, tal como lo prevé la Ley 238 de 1995, sin que en esta ocasión de vulneren el derecho de igualdad, favorabilidad, la oscilación y la inescindibilidad de las leyes toda vez que es la misma ley la que faculta tal aplicación favorable.

En sentencia del 27 de enero de 2011, Radicación No. 25000-23-25-000-2007-00141-01(1479-09), la Sección Segunda, Subsección "A" del H. Consejo de Estado con ponencia del Dr. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, se refirió al tema de que el reajuste de acuerdo con el IPC en las asignaciones de retiro del personal de la Fuerza Pública debe ser utilizado para liquidación de las mesadas futuras sin limitación ninguna, en los siguientes términos:

"El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda –Subsección "D", luego de realizar el análisis pertinente llegó a la conclusión de que confrontados los porcentajes de aumento expedidos por la Caja de Retiro de la Policía Nacional con fundamento en los Decretos 122 de 1997, 62 de 1999, 2737 de 2001, 745 de 2002, 3552 de 2003 y 4158 de 2004, con el índice de precios al consumidor, debía practicarse el reajuste de las mesadas de los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, con arreglo a la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor.

Con el fin de establecer el comportamiento que se presenta en la asignación de retiro al aplicarse el reajuste a partir de 1997, es del caso traer a colación, el siguiente cuadro comparativo: (...)

(...)Analizado el caso objeto de estudio, observa la Sala que al aplicarse el reajuste a partir de 1997, la base de la mesada se ve afectada y por ende su valor se va incrementando de manera paulatina, razón por la cual, es evidente que una cosa es que se haga un incremento con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor a la base de liquidación de la mesada pensional y otra distinta que se aplique el principio de oscilación para realizar los incrementos anuales.

Como es sabido, la asignación de retiro es una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez. Así lo ha sostenido la Corte Constitucional³: (...)

(..)Entonces, dada la naturaleza de la asignación de retiro, como una prestación periódica, es claro que el hecho de que se haya accedido a la reliquidación de la base con fundamento en el IPC, hace que tal monto se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro de manera ininterrumpida, pues como se ha precisado en anteriores oportunidades⁴ las diferencias reconocidas a la base pensional sí deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores.

Así las cosas, esta Sala habrá de precisar que como quiera que la base pensional se ha ido modificando desde 1997, con ocasión de la aplicación del IPC, es claro que necesariamente este incremento incide en los pagos futuros y por ende mal

³ Sentencia C-432 de 2004, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil

⁴ Sentencia N° 25000 23 25 000 2008 00798 01 (2061-09) Actor Lucia Sánchez de Manrique. Magistrado Ponente Víctor Hernando Alvarado.

puede establecerse limitación alguna, cuando este incremento no se agota en un tiempo determinado.

En consecuencia, se modificará el numeral 4° de la providencia objeto de estudio, en el sentido de ordenar que las diferencias que resulten con ocasión de la aplicación del índice de precios al consumidor sean utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores, según sea el caso.(...)" (Se subraya)

4. EL CASO CONCRETO.

Pretende la demandante hacerse acreedora de la disposición contenida en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, para obtener la reliquidación o el reajuste a la sustitución de la asignación de mensual de retiro con el incremento del índice de precios al consumidor.

En el expediente se encuentran acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- Copia de la Hoja de Servicios No. 1193 del 15 de junio de 1976, de la que emana que el señor LUIS GONZAGA CARDONA MORALES, prestó sus servicios al Estado, en calidad de soldado, agente departamental y agente de policía nacional, computando un tiempo de veintidós (22) años, cinco (5) mes y veintitrés (23) días (fl. 3).
- Copia de la Resolución No. 3898 del 19 de agosto de 1976, a través de la cual la Caja de Sueldo de Retiro de la Policía Nacional reconoce asignación de retiro al señor LUIS GONZAGA CARDONA MORALES (fls. 4-5).
- Copia de la Resolución No. 1145 del 30 de marzo de 2007, a través de la cual la Caja de Sueldo de Retiro de la Policía Nacional reconoció sustitución mensual de retiro a la señora MARIA DIVA BARAHONA BUENO en su calidad de cónyuge (fls. 6-7).
- Petición elevada por la demandante a través de apoderado al Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional del 20 de marzo de 2015 a través de la cual solicita el reajuste de la sustitución de la asignación de retiro con aplicación del IPC (fls. 10).
- Oficio No. 13426/OAJ del 3 de agosto de 2015, suscrito por el Director General de CASUR, a través del cual da respuesta a la solicitud de reajuste de la sustitución de asignación de retiro conforme al IPC (fls.11-12).

4.1. CONCLUSIONES.

La anterior reseña normativa y probatoria permite concluir, que si en los años subsiguientes a 1997, los reajustes realizados a la asignación de retiro del extinto Agente ® señor LUIS GONZAGA CARDONA MORALES fueron inferiores al porcentaje de variación del IPC - sustituida a la señora MARIA DIVA BARAHONA

BUENO en calidad de cónyuge supérstite-, la demandante tiene derecho a que la entidad demandada revise los incrementos y verifique cuál es el mayor porcentaje de cada año para su reajuste, si el del aumento salarial de los miembros activos de las fuerzas militares y de policía fijado en la escala salarial porcentual o el índice de precios al consumidor I.P.C. que se aplica para los reajustes pensionales con fundamento en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, de manera que, en cada año, aplique el porcentaje de mayor valor en orden a realizar el incremento, teniendo en cuenta que sólo se debe utilizar uno de estos porcentajes, el más favorable, no los dos de manera concomitante el mismo año, toda vez que, no son acumulables porque se generarían dos aumentos no ordenados por la ley para el mismo período fiscal o anualidad.

En efecto, atendiendo a los incrementos a la asignación reportados por la entidad, discriminados entre los porcentajes aplicados por CASUR frente a los del IPC, se puede extraer de la siguiente información:

AÑO	INCREMENTO CASUR	IPC
1996	27.69%	19.46%
1997	18.86%	<u>21.63%</u>
1998	17.96%	17,68%
1999	14,91%	<u>16,70%</u>
2000	9,23%	9,23%
2001	9.00%	8,75%
2002	5.99%	<u>7,65%</u>
2003	7.00%	6,99%
2004	6.48%	6,49%
2005	5.50%	5.50%

En ese orden de ideas, se observa que los periodos que le resultan más favorables para la demandante aplicando el IPC, corresponden a los años 1997, 1999 y 2002.

Por lo anterior, considera el Despacho, que el acto administrativo demandado al no disponer la revisión de los reajustes de la sustitución de la asignación de retiro de la accionante con fundamento en la Ley 238 de 1995 y en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, quedó incurso en causal de nulidad por violación de normas superiores, lo que permite inferir que las súplicas de la demanda en relación con este aspecto tienen vocación de prosperidad, de manera que así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

En este orden de ideas y para salvaguardar el derecho fundamental a la Seguridad Social en Pensiones, se debe ordenar la reliquidación de la sustitución pensional de asignación de retiro de la accionante a partir del año 1997 en adelante, con base en el índice de precios al consumidor del año inmediatamente

anterior previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, pero sólo cuando éste haya sido inferior al incremento anual realizado por la entidad demandada.

Si de las operaciones matemáticas que se efectúen, resulta alguna diferencia entre los valores cancelados y la nueva liquidación, deberá pagarse al demandante esa suma actualizada, utilizando la siguiente fórmula:

$$RA = RH \times \frac{IPC \text{ FINAL}}{IPC \text{ INICIAL}}$$

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.

De igual manera y en acatamiento de la decisión proferida por el H. Consejo de Estado que se citó en el marco jurídico de esta sentencia, se declarará que el reconocimiento del reajuste de la sustitución pensional de asignación de retiro con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor, deberá reflejarse en la base de liquidación de la mesada pensional que a futuro se vayan causando. Por ende, las diferencias de las mesadas reconocidas deben influir en el cálculo de la base pensional para los años posteriores⁵.

Así entonces, se accederá a las pretensiones de la demanda disponiendo declarar la nulidad del acto acusado Oficio No. 13426/OAJ del 3 de agosto de 2015 (fl. 11-12) y a título de Restablecimiento del Derecho, se ordenará reconocer y pagar a la demandante por los años 1997 y subsiguientes, la diferencia en el reajuste anual de la sustitución pensional de asignación de retiro de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando éste haya sido superior al incremento anual realizado por la entidad demandada y debidamente ajustado su valor conforme la fórmula de indexación propuesta.

5. PRESCRIPCIÓN.

La entidad demandada CASUR debe reconocer el pago a partir del día 15 de julio de 2009, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113 del Decreto 1213 de 1990⁶, al establecer:

“ARTICULO 113 Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto, prescriben en cuatro (4) años que se contara desde la fecha en que se hicieron exigibles.

⁵ Sentencia del 27 de enero de 2011, C.P. Dr. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Exp. 1479-09.

⁶ Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de agentes de la Policía Nacional.

El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho o prestación determinada interrumpe la prescripción pero solo por lapso igual..."

Del contenido del medio magnético DVD que contiene el expediente administrativo de la demandante, visible a folio 45 A del plenario, se observa que la señora MARIA DIVA BARAHONA ha presentado varias peticiones en orden a obtener el reajuste de la asignación de retiro que le fue sustituida con base en el incremento del IPC. Veamos:

- Folios 96 y 97 – petición de fecha 15 de julio de 2013, recibiendo como respuesta el oficio No. SDP 10201.13 del 21 de octubre de 2013 (fl. 98).

- Folios 99 y 100 – petición de fecha 04 de (número de mes ininteligible) de 2014, recibiendo como respuesta el oficio No. 7994/OAJ del 2 de abril de 2014 (fl. 103).

- Folios 120 y 121 – petición de fecha 20 de marzo de 2015, recibiendo como respuesta el oficio No. 13426/OAJ del 3 de agosto de 2015 (fls. 125-126).

En este caso, se observa que en relación con la primera petición radicada el día 15 de julio de 2013, la demandante tenía como plazo máximo para instaurar la demanda hasta el día 16 de julio de 2017 y esta se presentó el día 27 de noviembre de 2015 (fls. 22). Luego entonces, a efectos de contabilizar la prescripción cuatrienal de las mesadas de la asignación de retiro, se debe tener en cuenta la fecha de la presentación de la petición de reliquidación y cuatro años atrás, esto es, a partir del día 15 de julio de 2009, declarándose prescritos las mesadas pensionales causadas con anterioridad a esta fecha.

6. CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

El Despacho condenará en costas a la entidad demandada conforme lo señala el artículo 188 del C.P.A.C.A., en armonía con el artículo 365 del C. G. del P., mismas que se liquidarán por secretaría. Igualmente y de conformidad con el artículo 6° del Acuerdo 1887 de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el Despacho fija el quantum en un cinco por ciento (5%) de las pretensiones de la demanda. Su liquidación deberá realizarse una vez la entidad accionada realice la reliquidación de la asignación de retiro del actor, momento a partir del cual se dispone de la base económica para su cuantificación. El valor de las agencias en derecho liquidadas en la forma que se acaba de señalar será incluido por la secretaría en la liquidación de las costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 13426/OAJ del 3 de agosto de 2015, suscrito por el Director General de la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL -CASUR-,

mediante el cual dispuso negar el reajuste de la sustitución pensional de la asignación de retiro de la demandante conforme al IPC, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL -CASUR-, a reconocer, liquidar y pagar la diferencia en el reajuste anual de la mesada pensional a la señora MARIA DIVA BARAHONA BUENO a partir del año 1997 en adelante, con base en el índice de precios al consumidor (certificado por el DANE en el año inmediatamente anterior) a que se refiere el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, pero sólo cuando éste haya sido inferior al incremento anual realizado por la entidad demandada. Ajustando su valor, con aplicación de la formula consignada en la parte motiva de este proveído. La entidad demandada confeccionará la liquidación teniendo en cuenta las pautas indicadas en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL -CASUR- a pagar a favor de la señora MARIA DIVA BARAHONA BUENO, la diferencia que resulte entre la reliquidación ordenada a través de la presente sentencia y las sumas canceladas por concepto del incremento o reajuste anual de la mesada pensional a partir del 15 de julio de 2009 y las que se generen a futuro como consecuencia de la reliquidación de la base pensional.

CUARTO: DECLARAR probada la prescripción cuatrienal de la diferencia de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 15 de julio de 2009, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: DECLARAR que el reconocimiento del reajuste de la sustitución pensional de la asignación de retiro con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor, deberá reflejarse con la base de liquidación de la mesada pensional que a futuro se vayan causando. Por ende, las diferencias de las mesadas reconocidas serán utilizadas como base para la liquidación de las mesadas posteriores.

SEXTO: La CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL -CASUR-, dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

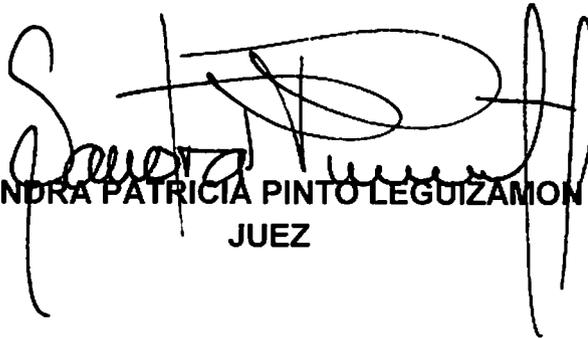
SEPTIMO: CONDENAR a la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL -CASUR-, al pago de costas a favor de la parte demandante, las cuales serán liquidadas por secretaría.

OCTAVO: CONDENAR en agencias de derecho a CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL -CASUR- y a favor de la parte demandante, de conformidad con el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del C. G. del P. y el Acuerdo 1887 de 2003, emanado del Consejo Superior de la Judicatura-Sala Administrativa.

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: MARIA DIVA BARAHONA BUENO
DEMANDADO: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL-CASUR-
RADICACIÓN No. 76001-33-33-003-2015-00431-00

NOVENO: ORDENAR la devolución de los remanentes que por gastos ordinarios del proceso le pudieran corresponder a la parte actora. En firme la presente sentencia ARCHÍVAR el expediente previo las anotaciones en el sistema.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,



SANDRA PATRICIA PINTO LEGUIZAMON
JUEZ