



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

San Andrés Isla veintitrés (23) de mayo de dos mil trece (2013)

MAGISTRADA PONENTE: NOEMI CARREÑO CORPUS

Expediente No.88-001-33-31-001-2010-00022-01
Proceso: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Apelación
Demandante: Fernando Antonio Sánchez Hernández
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional -CASUR-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandante, contra la sentencia del 11 de agosto de 2011, proferida por el Juzgado Único Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: No hay lugar a condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente con las anotaciones respectivas. Devuélvase el remanente de los dineros consignados para gastos del proceso, si los hubiere”.

1. LA DEMANDA

El señor Fernando Antonio Sánchez Hernández, actuando a través de apoderado judicial, instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional-CASUR, con las siguientes pretensiones:

1. Declárese la nulidad del oficio No. 3799OAJ del 21 de mayo de 2009, expedido por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional , por la cual se negó el reconocimiento y pago del reajuste de la asignación de retiro y el pago de los dineros retroactivos, resultantes de la diferencia económica dejada de percibir con su respectiva indexación que en derecho corresponda existente entre lo pagado y lo dejado de cancelar, así como que se reconozca y pague las diferencias porcentuales dejadas de pagar desde 1997, por IPC, en virtud de los aumentos decretados por el gobierno para los años 1996, 1997, 1998, respectivamente según el IPC.

2. Como consecuencia de lo anterior a título de restablecimiento del derecho solicita lo siguiente:

Que se condene a la demandada a reconocer y pagar al actor las sumas dejadas de percibir por concepto de reajuste de los sueldos básicos en los porcentajes decretados por el Gobierno Nacional para los años 1999 (16.70%), 2000 (9.23%), 2001 (8.75%), 2002 (7.65%), 2003 (6.99%) y 2004 (6.49%) y al pago de los retroactivos de las sumas dinerarias con su correspondiente indexación, resultantes entre la diferencia del pago realizado por la accionada frente al valor real de multiplicar el salario por el porcentaje decretado por el Gobierno Nacional

De igual forma, solicita que las sumas a que sea obligada a pagar al demandante sean actualizadas en los términos del artículo 178 del C.C.A., tomando como base el índice de precios al consumidor, certificado por el DANE, más los intereses comerciales moratorios a que hubiere lugar y en los términos del artículo 176 ibídem.

2. ANTECEDENTES

Al señor Fernando Antonio Sánchez Hernández, le fue reconocido asignación de retiro, mediante Resolución No.04245 del 27 de septiembre de 2007, expedida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

Relata que elevó derecho de petición ante la entidad demandada fechado 20 de marzo de 2009, solicitando reconocimiento, reliquidación, reajuste y pago indexado de su asignación de retiro con fundamentos en los aumentos decretados por el Gobierno Nacional para los años 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002 y 2003, conforme al índice de precios al consumidor.

Refiere que la entidad demandada mediante oficio No. 3799 del 21 de mayo de 2009, respondió desfavorablemente la solicitud contenida en el derecho de petición presentado.

3. NORMAS VIOLADAS

El apoderado judicial del demandante manifiesta que el acto demandado, infringe las siguientes disposiciones constitucionales y legales:

Constitucionales:

- Artículos 1, 2, 4, 13, 29, 46, 48 y 53.

Legales:

- Ley 2ª de 1945 artículo 34
- Ley 100 de 1946 artículo 8
- Ley 4ª de 1993 artículos 1, 2, 4, 10 y 13
- Ley 238 de 1995
- Decreto 62 de 1999
- Decreto 2724 de 2000
- Decreto 2734 de 2001
- Decreto 745 de 2002
- Decreto 3552 de 2003
- Decreto 4168 de 2004

4. TRÁMITE DE LA ACCIÓN

La presente demanda fue radicada el día 12 de febrero de 2010, ante el Juzgado Único Administrativo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el cual, mediante auto de fecha 26 de marzo de 2010, dispuso admitir la acción. (Folios 22-23 del exp.).

La Entidad demandada, presentó escrito de contestación de la demanda de manera extemporánea (folios 28 al 37)

Mediante auto del 06 de julio 2010, se abrió a pruebas el proceso. (Folio 43-44 del exp.).

En auto de fecha 31 de mayo de 2011, se cerró el periodo probatorio y se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión (Folio 79 del exp.); término dentro del cual tanto la parte demandante como demandada guardaron silencio.

Por su parte, el Ministerio Público emitió concepto solicitando acceder a las pretensiones de la demanda. (Folios 80-82 del exp.)

Mediante sentencia de fecha 11 de agosto del 2011, el Juez de instancia, negó las pretensiones del demandante. (Folios 1 al 9 del exp.).

El apoderado judicial de la parte demandante, interpuso recurso de apelación en contra del mencionado fallo, el cual se concedió mediante auto de 16 de septiembre del 2011 (Folio 14-15 del Cuad. apelación).

El Tribunal Administrativo, mediante auto del 10 de octubre de 2011, admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (Folio 19-20 del Cuad. apelación.)

Por auto de 8 de noviembre de 2011, se ordenó correr traslado a las partes con el fin de presentar sus alegatos. (Folio 22 del Cuad. apelación).

El Ministerio Público emitió concepto en el cual solicita al Tribunal confirmar en todas sus partes la sentencia impugnada (Folios 25-29 del exp.).

5. LA SENTENCIA

El Juzgado Único Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en sentencia del 11 de agosto de 2011, negó las pretensiones del demandante, con fundamento en las siguientes consideraciones (Folios 1-9 del exp.).

Expone el *a quo*, como problemas jurídicos a resolver: (i) Determinar si es procedente o no la declaratoria de nulidad del Oficio No. 3799 OAJ del 21 mayo de 2009, expedido por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, el cual negó el reajuste de la asignación de retiro del demandante, (ii) Determinar la normatividad aplicable para la reliquidación y ajuste de la asignación de retiro de los servidores de las fuerzas militares.

Posteriormente realiza el análisis normativo concluyendo “*que la Ley 238 de 1995, es la norma expresa que exige el Decreto 1211 de 1990 para aplicar, en materia de reajuste pensional, el mecanismo adoptado por la Ley 100 de 1993 y no el de oscilación consagrada en dicha norma. Cita al efecto, la sentencia del H. Consejo de Estado de fecha 17 de mayo 2007, con ponencia del doctor Jaime Moreno García*”.

Luego de revisado el material probatorio obrante en el plenario, precisa que “*el actor se retiró del servicio activo mediante Resolución No. 04245 del 27 de septiembre de 2007, lo que impide considerar lo solicitado, puesto que de una parte los incrementos establecidos por el gobierno nacional relacionados con la fuerza pública en*

el lapso comprendido entre el retiro y la fecha determinada para el año 1997, corresponde a conceptos prestacionales diferentes a los del retiro, es decir guardan relación con el tema salarial el que para su época se regulo en proporción al ingreso del servidor activo, habiendo el despacho (sic) efectuado el cuadro comparativo para la fecha subsiguiente a la de vinculación de la fuerza pública”.

Aclara que el ajuste a la asignación de retiro que a partir del año 1995 debe hacerse con fundamento en el IPC que certifique el DANE; es una fórmula aplicable hasta el año 2004, en virtud que el propio legislador volvió a consagrar el sistema de oscilación como la fórmula de incrementar las asignaciones de retiro de los miembros de la fuerza pública, a través del artículo 3 (3.13) de la Ley 923 de 2004.

6. EL RECURSO

Al impugnar la decisión de primera instancia, el apoderado judicial de la parte demandante solicita que se revoque la sentencia y en su lugar se ordene a la demandada a efectuar el reajuste y reliquidación de la asignación de retiro desde el año 1997, y además se modifique la base pensional de los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

El recurso se sustenta de la siguiente manera:

- De no reconocerse el reajuste de la asignación de retiro para las fechas solicitadas en la demanda, se vulnera y disminuiría el valor de la mesada al accionante, contraviniendo lo establecido en los artículos 13 y 48 de la Constitución Política.
- Afirma que el derecho a la igualdad prevalece, por mandato constitucional, la expedición de la Ley 238 de 1995, es de obligatorio cumplimiento y ésta no debe ser cambiada ni vulnerada por otra legislación que llegue a desmejorar a los pensionados en especial a los que tienen asignación de retiro, dado que la entidad accionada debe realizar una reliquidación minuciosa desde el año 1999, teniendo en cuenta los aumentos realizados por ellos y los porcentajes que se han establecidos por el índice de precios al consumidor.
- Fundamenta sus pretensiones citando apartes de las sentencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección segunda sub sección D, Magistrada Ponente Dra. María del Carmen Jarrín Cerón de fecha 1 de noviembre de 2055 Rad. 2003-7667 y de la sentencia del Consejo de

Estado de Sección Segunda Sub Sección "A" con ponencia del Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, de fecha 27 de enero de 2011, Rad. No. 250002325

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes en esta instancia guardaron silencio.

8. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Agente del Ministerio Público al emitir su concepto, previo recuento de los antecedentes, solicita al H. Tribunal se confirme en todas sus partes la sentencia impugnada con fundamento en lo siguiente:

"el nudo que se desprende de la demanda y del énfasis que se hace en el recurso, es sobre la solicitud de incremento reclamado sobre la base pensional de los años 1997, 1999, 2001, 2003 y 2004, con arreglo a la variación porcentual del IPC. **Esta solicitud sobrepone una situación ficta de retiro anterior al año 2007, fecha en que realmente obtuvo el actor la calidad de retirado.**

El contexto legal de la pretensión corresponde a un reajuste sobre el valor que le fue determinado en la hoja de servicios policiales como funcionario activo desde el año 1997 hasta el año 2004 de la Policía Nacional. En efecto, si le es reconocido el incremento pretendido, la base de liquidación de la asignación de retiro se vería incrementada y por ende habría lugar a una liquidación de reajuste de la asignación de retiro por variación en la base de liquidación. Como fundamento de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ejercido **contra un acto administrativo expedido por la policía nacional como lo es la HOJA DE SERVICIOS POLICIALES no puede pretenderse imponer una obligación a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional**, siendo necesario absolutamente, que el actor ejerza el derecho ante la Policía Nacional."

9. CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante en contra de la sentencia de fecha 11 de agosto del 2011, mediante la cual el Juzgado Único Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, negó las pretensiones de la demanda.

9.1 Problema jurídico.

Considera la Sala, que el problema jurídico a resolver es determinar la legalidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 3799OAJ del 21 de mayo de 2009, por medio del cual la entidad demandada niega la solicitud de reajuste de asignación de retiro con base al IPC certificado por el DANE del demandante; para dar solución al problema planteado la Sala estima necesario realizar un recuento sobre las normas jurídicas que regulan el tema a tratar.

Antes de abordar el problema jurídico, se hace necesario precisar tal como lo realiza el Ministerio Público en su concepto que tanto los fundamentos jurídicos de las pretensiones de la demanda como las de recurso de alzada que se pretenden hacer valer en sede judicial, no son claros ni coherentes con las pretensiones de la demanda.

9.2 Normatividad aplicable.

El Decreto Ley 1211 de 1990, “Por el cual se reforma el estatuto de personal de oficiales y suboficiales de la fuerzas militares”, en su artículo 163 estableció la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

El artículo 169 *ibídem*, establece la forma como debe reajustarse la asignación de retiro y las pensiones relativas al régimen de las Fuerzas Militares, disposición del siguiente tenor literal:

“ARTÍCULO 169. OSCILACIÓN DE ASIGNACIÓN DE RETIRO Y PENSIÓN. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 de este Decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal.

Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

PARÁGRAFO. Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de Oficiales Generales y de Insignia, Coroneles y Capitanes de Navío, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto.”.

Si bien la Ley 100 de 1993, en su artículo 279 excluyó, de su ámbito de aplicación a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional de la aplicación

del régimen general; posteriormente la Ley 238 de 1995 en su artículo 1º, adicionó la norma antes mencionada, con el párrafo 4º el cual consagró:

"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 colige que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995 las personas pertenecientes a los regímenes excluidos (Fuerzas Militares y Policía Nacional, entre otros) de la aplicación de la Ley 100 de 1993, podrían acceder a los beneficios consagrados en la misma.

Beneficios, que como tal lo cita el párrafo antes transcrito, se encuentran establecidos en los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993. Para el caso *sub lite* se hará alusión al establecido en el Art. 14, el cual previó el reajuste de las pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, contemplándola así:

"ARTÍCULO 14.-Reajuste de pensiones. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o de 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...."

Del anterior recuento normativo se observa claramente que a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995, los pensionados pertenecientes a las Fuerzas Militares y Policía Nacional entre otros, sí tienen derecho a que sean reajustadas 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 Ley 100 de 1993.

Al respecto, esta Sala considera pertinente citar lo dicho por el H. Consejo de Estado en sentencia de fecha 21 de octubre de 2010, el cual realiza un análisis sobre la normatividad aplicable en lo referente al reajuste de esa clase de asignación en los siguientes términos:

"...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 sólo 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...”¹(Negrilla dentro del texto)

De las normas y concepto jurisprudencial anteriormente citado, se puede deducir la posibilidad de reajustar las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con el IPC, en consonancia con el principio constitucional de favorabilidad.

Es de recalcar que esta aplicación tiene una limitante en el tiempo, introducida por la Ley 923 de 2004, en donde el legislador volvió a consagrar el sistema de oscilación como la forma de incrementar las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, a través del artículo 3 [3.13], el cual fue reglamentado por el artículo 42 del Decreto 4433 del mismo año. Por lo que se deriva que el ajuste de las asignaciones de retiro con base en el Índice de Precios al Consumidor, debe hacerse hasta el 31 de diciembre de 2004².

¹ Consejo de Estado Rad. No. 25000-23-25-000-2007-00774-01(0963-09); Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

² Consejo de Estado Rad. No. 25000-23-25-000-2007-00774-01(0963-09); Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

“(…) Se agrega además que el ajuste de las asignaciones de retiro con base en el Índice de Precios al Consumidor, debe hacerse hasta el 31 de diciembre de 2004, teniendo en

9.3 Caso en Concreto

Teniendo establecido que los miembros de la Fuerza Pública y Policía Nacional tienen derecho a que sean reajustadas sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE (fórmula aplicable hasta el año de 2004). Se entrará a analizar si en el caso en estudio le es procedente la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Observa la Sala, que obra en el plenario copia auténtica de la Resolución No. 04245 del 27 de septiembre de 2007³, por medio del cual se reconoce la asignación de retiro al actor, igualmente obra copia de la hoja de servicios policiales del demandante⁴, original del derecho de petición radicado ante la entidad demandada⁵ y original del oficio No. 3799 OAJ por medio del cual se resuelve el derecho de petición dado por la demandada.

Nótese que la resolución por medio de la cual al actor se le reconoce la asignación de retiro es de fecha 27 de septiembre de 2007, es decir a partir de esa fecha empezó a recibir el actor su asignación de retiro. Es de recalcar, conforme lo anteriormente citado es presupuesto fundamental para poder dar aplicación al artículo 14 de la Ley 100 de 1993, que la asignación de retiro fuese reconocida con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004. En razón a lo expuesto el demandante no es acreedor a la reliquidación de su asignación de retiro, puesto que la misma como se anotó fue reconocida con posterioridad a la vigencia de la citada ley, norma que consagró el principio de oscilación. Por ende en este sentido se hace necesario confirmar la sentencia recurrida.

Por otra parte, respecto a la solicitud de reliquidación de la asignación salarial, considera la Sala que no puede pronunciarse por cuanto se observa que en el caso de ser procedente dicha solicitud, no se agotó el requisito de procedibilidad ante la Policía Nacional, y a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, no le compete asumir tales obligaciones.

La Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, habida consideración que hecha la evaluación que ordena el artículo 171 del CCA,

cuenta que el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 que consagró el sistema de oscilación fue retomado por el legislador mediante Ley 923 de 2004, reglamentada a su vez por el Decreto 4433 del mismo año.”

³ Ver folio 15-16 del cuaderno de apelación.

⁴ Ver folio 14 del cuaderno de apelación.

⁵ Ver folio 10 del cuaderno de apelación.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Ate.: Fernando Antonio Sánchez Hernández
Ado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional
Expediente No. 88-001-33-31-001-2010-0022-00

modificado por el Art. 55 de la Ley 446 de 1998, no se encuentra conducta que lo amerite.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: CONFÍRMESE, la sentencia de fecha 11 de agosto de 2011, proferida por el Juzgado Único Administrativo del Circuito de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, de conformidad con lo expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: No hay lugar a condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue leída y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

NOEMÍ CARREÑO CORPUS
Magistrada

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA
Magistrado

(IMPEDIDO)
JESÚS G. GUERRERO GONZÁLES
Magistrado