



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Ibagué, treinta (30) de agosto de dos mil trece (2013)

Radicación: 2012-0142
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: FLAVIO ANTONIO CORDOBA PALACIOS
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

Mediante audiencia concentrada celebrada el 20 de agosto de 2013, se indicó que en la presente sentencia se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda; por encontrarnos dentro del término legal establecido en el artículo 182, numeral 2 del C.P.A.C.A., y conforme lo establecido en el artículo 187 de la misma norma, procede este Juzgado a proferir la sentencia de primera instancia, en los siguientes términos:

1. Breve resumen de la demanda y su contestación:

Hechos:

Los fundamentos fácticos más relevantes se sintetizan así:

La Caja de sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante Resolución No. 697 del 31 de octubre de 1967, le reconoció asignación de retiro al SS FLAVIO ANTONIO CORDOBA PALACIOS.

La asignación de retiro del demandante para los años 1997, 1999, 2004 y 2004, fue reajustada en un porcentaje inferior al IPC del año anterior.

Mediante memorial No. 113828 del 14 de diciembre de 2011, el demandante solicitó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares la reliquidación, reajuste y pago indexado del porcentaje dejado de pagar en los años 1997, 1999, 2004 y 2004.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante acto administrativo No. 1548 del 4 de enero del 2012, negó la solicitud de reajuste de la asignación de retiro del demandante.

Pretensiones:

Se declare la nulidad del Oficio No. 1548 del 4 de enero de 2012, mediante el cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó los porcentajes correspondientes a la diferencia existente entre el incremento en que fue aumentada la asignación de retiro, en aplicación de la escala gradual porcentual y el IPC que aplicó para los reajuste pensionales con fundamentos en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Como consecuencia de la declaración anterior se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a:



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

- Reajustar la asignación de retiro del demandante con aplicación del mayor porcentaje entre el IPC y el decretado por el Gobierno Nacional desde el año 1999 a 2001.
- Ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre la liquidación solicitada y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año 1999 en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho peticionado.
- Ordenar el pago de los intereses moratorios sobre las cantidades liquidadas reconocidas a partir de la ejecutoria de la sentencia.
- Ordenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares el pago de gastos, costas y agencias en derecho.

Contestación de la Demanda:

En este punto resulta obligatorio aclarar que según constancia secretarial obrante a folio 63 del expediente, durante el término otorgado a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, no contestó la demanda, allegando para tal fin escrito extemporáneo –ver constancia secretarial folio 80-.

Pruebas

1. Copia con recibido de la petición de reliquidación y reajuste de asignación de retiro conforme el IPC, elevada por el demandante a la Caja la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (fls. 4 a 6).
2. Copia autentica del oficio No. 1548 con sello de fecha 4 de enero de 2012, en el que se le niega la solicitud descrita en el numeral anterior (fl. 8).
3. Certificación expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en donde consta que la última unidad donde prestó sus servicios FLAVIO ANTONIO CORDOBA PALACIOS, fue el Batallón de Infantería No. 17 "GENERAL CAICEDO", en Chaparral - Tolima (fl. 9).
4. Certificación expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en donde consta el valor de la asignación de retiro del SS ® FLAVIO ANTONIO CORDOBA PALACIOS, y el porcentaje de los incrementos anuales reconocidos a los suboficiales en el grado de Sargento Segundo durante los años 1996 a 2004 (fl. 10).
5. Copia autenticada de la hoja de servicios No. 449 correspondiente a FLAVIO ANTONIO CORDOBA PALACIOS (fls. 11 a 23).
6. Copia autenticada de la Resolución No. 697 de 31 de octubre de 1967, por medio de la cual se reconoce la asignación de retiro al SS ® FLAVIO ANTONIO CORDOBA PALACIOS (fls. 15 y 16).
7. Certificación expedida por la Procuraduría 106 Judicial I en lo Administrativo, en la que consta, entre otros, que no hubo acuerdo conciliatorio (fl. 17).

CONSIDERACIONES:

Teniendo en cuenta que en la audiencia concentrada, celebrada el 20 de agosto de 2013, se indicó que en el presente fallo se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda; procede este Juzgado a señalar las razones de derecho que sustentan dicha decisión, no sin antes recordar que el problema jurídico planteado en



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

el presente litigio consiste en determinar si es procedente reajustar la asignación de retiro al SS ® FLAVIO ANTONIO CORDOBA PALACIOS con base en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 según el IPC.

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

Oficio No. 1548 de 4 de enero de 2012, en cuyo texto se lee:

"(...)

El inciso segundo del artículo 217 de la Constitución Nacional, en su tenor literal reza "La ley determinara el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario que le es propio (...)

El régimen prestacional del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, ser rige actualmente por las disposiciones contenidas en el Decreto Ley 1211 de 1990, derogado parcialmente por el decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, normas de carácter especial, que prevalecen sobre las disposiciones de carácter general. (Artículo 5º. Ley 57 de 1887).

Vale la pena señalar, que para efectos de reajuste de las asignaciones de retiro, el régimen prestacional especial de los miembros de las Fuerzas Militares desde 1945 y aun en la normatividad vigente, contempla el principio de oscilación en los siguientes términos: "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.

El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulan ajustes en otros sectores de la Administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley" (Resaltado fuera de texto).

Por consiguiente, el reajuste de las asignaciones de retiro, se aplica únicamente con sujeción al principio de oscilación conforme lo dispone la normatividad especial que rige para los miembros de las fuerzas militares.

En desarrollo de lo anterior, el Gobierno Nacional anualmente mediante decreto ejecutivo, reajusta los sueldos básicos del personal en actividad a partir del cual se incrementan las asignaciones de retiro en las mismas proporciones. Utilizar mecanismos, fórmulas o sistemas de liquidación diferentes, equivaldría a aplicar un sistema prestacional distinto al establecido en el régimen especial para la Fuerza Pública.

Por lo anterior, es claro que a usted se le han hecho los reajustes que por ley le corresponden como militar en goce de asignación de retiro, no habiendo lugar a que se reajuste su asignación de retiro con base en el IPC, sistema de reajuste del régimen general de pensiones.

(...)"



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

REGÍMEN PRESTACIONAL ESPECIAL PARA LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS MILITARES

Sobre la posibilidad de la existencia de regímenes prestacionales especiales, la doctrina de la H. Corte Constitucional ha dicho lo siguiente¹:

"La Constitución Política autoriza al legislador para la determinación de regímenes prestacionales especiales para los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Así la Asamblea Nacional Constituyente concibió la seguridad social como un servicio público fundado en la relación Estado-ciudadano, en el cual se brindara protección a toda la población, mediante la adopción de un modelo contributivo y solidario, elevándose a rango constitucional la seguridad social como un derecho irrenunciable de todos los habitantes y un servicio público a cargo del Estado con sujeción a los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad, en los términos establecidos por la ley (CP art. 48).

Para hacer efectiva la garantía constitucional, el Congreso de la República expidió la Ley 100 de 1993 como un régimen general e integral de seguridad social para los habitantes del territorio nacional, conformado por el sistema de pensiones, de seguridad social en salud, el sistema de riesgos profesionales y el sistema de servicios sociales complementarios, la cual fue reformada en algunas de sus disposiciones por la Ley 797 de 2003.

La Constitución Política dadas las particularidades de ciertos grupos humanos y la especialísima función que desarrollan, admitió la existencia de regímenes especiales de seguridad social² y, en tal virtud consagró en los artículos 217 y 218 del Estatuto Fundamental la facultad del legislador para determinar regímenes especiales de carrera, prestacionales y disciplinarios tanto para los miembros de las Fuerzas militares como de la Policía Nacional. Así mismo, el artículo 150, numeral 19, literal e), atribuye al Congreso de la República la atribución de fijar el régimen salarial de los empleados públicos, de los miembros del Congreso y de la Fuerza Pública.

El legislador en la Ley 100 de 1993 estableció unas excepciones al sistema integral de seguridad social (artículo 279) que encuentran un doble sustento constitucional, pues por una parte se pretende el amparo de los derechos adquiridos de los miembros de las Fuerzas Militares, Policía Nacional y personal civil, contemplados en los Decretos 1211, 1212 y 1214 de 1990; y, por la otra, porque los regímenes especiales encuentran expreso sustento constitucional no sólo en los artículos 217 y 218 del Estatuto Fundamental³, sino también en el artículo 123 Superior que establece la diversidad de vínculos jurídicos que se presentan en el desarrollo de la función pública, como por ejemplo, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado, y que, como lo señaló la Corte *"[e]n mayor o menor medida, con sujeción a lo previsto en el artículo 150-19 del mismo estatuto Superior, permite al legislador regular de diversa manera el régimen salarial, prestacional y de seguridad social de dichos servidores"*⁴.

De esta manera los regímenes prestacionales especiales, como lo ha establecido la jurisprudencia Constitucional no violan per se el principio de igualdad, pues *"[P]or el contrario cuando existen situaciones fácticas diferentes que ameritan tratamientos diferenciados, el legislador puede razonablemente regularlas de manera diferente"*⁵.

Así pues, se encuentra habilitado el legislador por vía constitucional, -artículos 217 y 218-, para establecer un régimen prestacional especial para los miembros de las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y el personal civil de las mismas (Decretos 1211, 1212 y 1214 de 1990), en razón a la naturaleza del servicio que cada uno desempeña. En ese orden de ideas, no se viola la Constitución por el hecho de que la ley consagre como una prestación, las asignaciones de retiro a que se refieren los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990 y, por ende no puede predicarse un trato discriminatorio respecto de los demás servidores al servicio del Estado, a quienes se les aplica el régimen general de seguridad social consagrado en las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003.

LOS CRITERIOS FIJADOS EN LA JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE COMPARACIÓN DE REGÍMENES ESPECIALES FRENTE AL RÉGIMEN GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL⁶

¹ CORTE CONSTITUCIONAL C-1143/04 Magistrado Ponente : Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

² Sent. C-461/95 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz En esa oportunidad la Corte declaró la exequibilidad de los apartes del inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que excluían de ese régimen general a "[l]os afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989".

³ Sent. C-665/96 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁴ Cfr. C-956/01, C-432/04.

⁵ Sent. C-980/02 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶ C-941/03



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

En la Sentencias C-835/02 y C-1032/02 la Corte Constitucional, a partir de la jurisprudencia existente en la materia, hizo una síntesis de los criterios que deben orientar la comparación entre el régimen general establecido en la Ley 100 de 1993 y los regímenes especiales establecidos por el Legislador para la fuerza pública.

"A continuación la Corte retoma dichos criterios que resultan pertinentes para el análisis de los cargos planteados en esta ocasión por los demandantes en contra de la expresión "en todo tiempo" contenida en el artículo 151 del decreto 1212 de 1990.

De dichas decisiones se desprende en efecto lo siguiente:

"(i) La existencia de regímenes prestacionales diferentes no es en sí misma contraria al principio de igualdad constitucional⁷; (ii) la existencia de sistemas prestacionales especiales responde a la necesidad de garantizar los derechos adquiridos de ciertos sectores de la población que por sus características especiales merecen un trato justificadamente diferente al que reciben los demás beneficiarios de la seguridad social⁸; (iii) la Constitución Política admite en este sentido la existencia de un régimen especial de prestación social exclusivamente dirigido a los miembros de la Fuerza Pública y que, por consiguiente, dicho sistema se encuentra regulado por disposiciones diferentes a las que constituyen el régimen general de seguridad social previsto en la Ley 100 de 1993; (iv) la Corte ha señalado que, aunque el trato diferencial no quebranta por sí mismo el principio de igualdad constitucional de los miembros del régimen especial frente a los beneficiarios del régimen general, dicho tratamiento diferencial debe estar encaminado a mejorar las condiciones económicas del grupo humano al cual se aplica, por lo que resultan inequitativos, es decir, contrarios al principio de igualdad constitucional, los regímenes especiales de seguridad social que introducen desmejoras o tratamientos de inferior categoría a los concedidos por el régimen general⁹; (v) No obstante, la Corte ha precisado que dada la complejidad de los sistemas prestacionales y la interdependencia de las prerrogativas por ellos conferidas, para que el trato diferencial otorgado por un régimen especial sea verdaderamente discriminatorio es necesario que el mismo se evidencie de manera sistemática, no fraccionada. En otros términos, el trato resulta discriminatorio y, por tanto, constitucionalmente reprochable solo si el conjunto del sistema - no apenas uno de sus elementos integrantes -, conlleva un tratamiento desfavorable para el destinatario; (vi) Así entonces, si la desmejora sólo se evidencia en un aspecto puntual del régimen, en una prestación definida o en un derecho concreto, no es dable deducir por ello trato discriminatorio; en estos casos deberá estudiarse - conclusión a la que se llega después de analizar el sistema en su conjunto- si la desventaja detectada en un aspecto puntual del régimen especial se encuentra compensada por otra prestación incluida en el mismo¹⁰; (vii) Al respecto la Corte ha señalado así mismo que "...las personas 'vinculadas a los regímenes especiales deben someterse integralmente a éstos sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general'¹¹. En efecto, no es equitativo que una persona se beneficie de un régimen especial, por ser éste globalmente superior al sistema general de seguridad social, pero que al mismo tiempo el usuario pretenda que se le extiendan todos los aspectos puntuales en que la regulación general sea más benéfica.¹²; (viii) La Corte ha precisado además que dado que los sistemas de seguridad social - tanto el general como los regímenes especiales- funcionan de acuerdo con metodologías propias, además de que confieren prerrogativas diversas - por razón de las características comunes al grupo humano que se dirigen -, no resultaría legítimo que, para detectar posibles discriminaciones, se los comparara con la misma regla o se les aplicaran iguales patrones de confrontación; (ix) Sólo si la prestación social de la cual se predica la posible discriminación es lo suficientemente autónoma como para advertir que ella, en sí misma, constituye una verdadera discriminación respecto del régimen general, podría el juez constitucional retirarla del ordenamiento jurídico¹³. (x) Pero la Corporación ha precisado que solamente podría darse esa circunstancia (a) si la prestación es autónoma y separable, lo cual debe ser demostrado claramente (b) la ley prevé un beneficio indudablemente inferior para el régimen especial, y (c) que no exista otro beneficio superior en ese

⁷ Cfr. Sentencia C-461 de 1995, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸ Sentencia C-654 de 1997, MP Antonio Barrera Carbonell. Consideración de la Corte 3.6. En el mismo sentido ver la Sentencia C-956 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁹ "Por las razones anteriores la Corte considera que el establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garantizan en relación con el régimen pensional, un nivel de protección igual o superior, resultan conformes a la Constitución, como quiera que el tratamiento diferenciado lejos de ser discriminatorio, favorece a los trabajadores a los que cobija. Pero si se determina que al permitir la vigencia de regímenes especiales, se perpetúa un tratamiento inequitativo y menos favorable para un grupo determinado de trabajadores, frente al que se otorga a la generalidad del sector, y que el tratamiento dispar no es razonable, se configuraría un trato discriminatorio en abierta contradicción con el artículo 13 de la Carta" (subrayas no originales) (Sentencia C-461 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

¹⁰ Ver la Sentencia C-080/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la que se señala: "la singularidad y autonomía que caracterizan a estos regímenes excepcionales, sumado a la diversidad de prestaciones que los integran, han llevado a la Corte Constitucional a considerar que, en principio, "no es procedente un examen de aspectos aislados de una prestación entre dos regímenes prestacionales diferentes, ya que la desventaja que se pueda constatar en un tema, puede aparecer compensada por una prerrogativa en otras materias del mismo régimen".

¹¹ Sentencia T-348 de 1997, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹² Sentencia C-956/01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹³ Ibidem Sentencia C-956/01 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social y que la carencia de compensación resulte evidente¹⁴⁻¹⁵.

La Corte ha puesto de presente así mismo que "por mandato constitucional (art 48 y 150-19-e) C.P.) la regulación de los regímenes de seguridad social, general y especiales, hace parte de los asuntos en los que el Legislador - ordinario o extraordinario- tiene una amplia potestad de configuración. De allí que mientras la ley no establezca condiciones excesivas, desproporcionadas o irracionales para el ejercicio o reclamación de un derecho, no puede hablarse de desconocimiento del texto constitucional."

Cabe señalar así mismo que la Corte ha hecho énfasis en que de la aplicación de dichos criterios se desprende el carácter ampliamente favorable que tiene el régimen prestacional establecido en los decretos 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990 frente al régimen general establecido en la Ley 100 de 1993.

Ha dicho la Corte:

*"Basta en efecto recordar cuales son las características del régimen especial aplicable en cada caso a los agentes de la Policía Nacional, a los oficiales y suboficiales de la misma institución, a los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, así como al personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, para llegar a la conclusión de que dichos regímenes tienen una serie de características que no son comparables con las del régimen general de la Ley 100 de 1993, al tiempo que tanto en lo que se refiere al régimen de pensión de sobrevivientes como a las demás prestaciones que en ellos se establecen las previsiones contenidas en los decretos 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990 resultan ampliamente favorables para los servidores que se encuentran sometidos a ellos", circunstancias que evidencian la ausencia de un trato discriminatorio en contra de dichos servidores, contrariamente a lo que señala el demandante*¹⁷.

EL REAJUSTE ANUAL DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO

Respecto al reajuste anual de la asignación del retiro la H. Corte Constitucional en sentencia C-941 de 2003 realizó el siguiente análisis:

"La Corte constata que el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en el artículo 17 numeral 3 de la Ley 797 de 2003¹⁸ expidió el decreto 2070 de 2003 del 25 de julio de 2003 "Por medio de la cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional" cuyas disposiciones de acuerdo con el artículo 1° de la misma norma se aplicarán a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares, en los términos que se señalan en el mismo decreto.

En dicho decreto se regula la oscilación de la asignación de retiro y de las pensiones de la Fuerza Pública, -a que alude igualmente el artículo 151 del Decreto 1212 de 1990 para el caso de la Policía nacional-, en los siguientes términos:

Artículo 42. Oscilación de la asignación de retiro y de la pensión. Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores

¹⁴ Sentencia C-890 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. En dicha sentencia se señaló lo siguiente "Así las cosas, es posible concluir que existe una discriminación (i) si la prestación es separable y (ii) la ley prevé un beneficio inferior para el régimen especial, sin que (iii) aparezca otro beneficio superior en ese régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social. Sin embargo, en virtud de la especialidad de cada régimen de seguridad social, en principio éste es aplicable en su totalidad al usuario, por lo cual la Corte considera que estos requisitos deben cumplirse de manera manifiesta para que puede concluirse que existe una violación a la igualdad. Por consiguiente, (i) la autonomía y separabilidad de la prestación deben ser muy claras, (ii) la inferioridad del régimen especial debe ser indudable y (iii) la carencia de compensación debe ser evidente. En el mismo sentido ver la sentencia C-956 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁵ Sentencia C-1032/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁶ Cabe recordar que luego de la expedición del Decreto 1091 de 1995 por el cual se estableció "el régimen de asignaciones y prestaciones para el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, creado mediante Decreto 132 de 1995", existen varios regímenes prestacionales para los miembros de la Policía Nacional. Los suboficiales y agentes de la Policía contaron con la opción de permanecer en el régimen prestacional anterior al Decreto 1091, es decir, los Decretos 1212 y 1213 de 1990, o acogerse a él, por lo que solo a los beneficiarios de algunos de los miembros de la Policía Nacional que decidieron permanecer en el régimen anterior les son aplicables las normas bajo examen. Cabe recordar así mismo que a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993 el personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional se encuentra sometido al régimen general de seguridad social. Sin embargo y con el fin de respetar los derechos adquiridos del personal que se encontraba sometida al régimen del Decreto 1214 de 1990, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó de la aplicación del régimen general que ella consagra al personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional vinculado antes de su vigencia.

¹⁷ Sentencia C-1032/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis

¹⁸ Cabe precisar que en contra de dicho numeral cursa actualmente sendos procesos de inconstitucionalidad por la vulneración del artículo 150-19 superior. Expedientes D-4500 y D-4613.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

al salario mínimo legal mensual vigente.

El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

Así las cosas es claro que con la expedición del citado artículo 42 se produjo la subrogación¹⁹ del artículo 151 del Decreto 1212 de 1990²⁰ - en el que se contiene la expresión acusada en el presente proceso, que no se reproduce en el nuevo texto a que se ha hecho referencia -.

Cabe precisar que esta circunstancia no comporta la inhibición de la Corte en el presente caso por carencia actual de objeto²¹, pues la norma subrogada sigue produciendo efectos jurídicos en relación con los derechos de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional que adquirieron el derecho a la asignación de retiro y a las pensiones que se establecieron en el Decreto 1212 de 1990, antes de la entrada en vigencia del Decreto 2730 de 2003, disposición ésta última que por lo demás señala en su artículo 2º que "Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y Soldados de las Fuerzas Militares, o sus beneficiarios, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a una asignación de retiro o a una pensión de invalidez, o a su sustitución, o a una pensión de sobrevivencia, conservarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos, conforme a normas anteriores."

Dentro de dichos derechos adquiridos figura necesariamente el régimen de reajuste de las asignaciones de retiro y de las pensiones que existía al momento en el que dichos servidores adquirieron el derecho a las mismas.²²

El contenido y alcance de la norma en la que se contiene la expresión acusada

De acuerdo con el artículo 151 del Decreto 1212 de 1990 las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el mismo Decreto, se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado²³ y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 140 de la misma normativa²⁴.

La norma precisa que en ningún caso aquéllas serán inferiores al salario mínimo legal.

¹⁹ Subrogación que ha de tomarse en cuenta en este caso, independientemente de la decisión que se adopte en cuanto a la constitucionalidad del numeral 3 de la Ley 797 de 2003 en los procesos a los que se ha hecho referencia.

²⁰ ARTICULO 151. *Oscilación de asignaciones de retiro y pensiones.* Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto, se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 140 de este Decreto. En ningún caso aquéllas serán inferiores al salario mínimo legal. Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la Administración Pública, a menos que así lo disponga expresamente la Ley.

PARAGRAFO. Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de Oficiales Generales y Coroneles, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el artículo 140 de este Decreto"

²¹ Conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corporación no procede el pronunciamiento de fondo de la Corte cuando una norma ha sido derogada y no se encuentra produciendo efectos jurídicos. Por el contrario es necesario que haya decisión de fondo cuando se impugnan normas derogadas o subrogadas pero que continúan produciendo efectos jurídicos. Ver al respecto, entre otras, las sentencias C-103/93, C-454/93, C-546/93, C-004/96, C-255/97, C-406/98.

²² C-941/03

²³ El párrafo de la misma disposición señala que para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de Oficiales Generales y Coroneles, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el artículo 140 del mismo Decreto.

²⁴ ARTICULO 140. BASES DE LIQUIDACION. A partir de la vigencia del presente Decreto, al personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional que sea retirado del servicio activo se le liquidará las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas, así:

1. Sueldo básico.
2. Prima de actividad en los porcentajes previstos en este Estatuto.
3. Prima de antigüedad.
4. Prima de Oficial Diplomado en Academia Superior de Policía, en las condiciones indicadas en este Estatuto.
5. Duodécima (1/12) parte de la prima de navidad.
6. Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.
7. Gastos de representación para Oficiales Generales.
8. Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidará conforme a lo dispuesto en el artículo 82 de este Estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.
9. La bonificación de los Agentes del Cuerpo Especial, cuando sean ascendidos al grado de Cabo Segundo y hayan servido por lo menos treinta (30) años como Agentes, sin contar los tiempos dobles.

PARAGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en este Estatuto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Así mismo se establece que los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la Administración Pública, a menos que así lo disponga expresamente la Ley.

Al respecto cabe precisar, como lo hacen los propios demandantes y varios intervinientes, que el artículo 279 de la ley 100 de 1993 en el que se excluyó de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social contenido en dicha ley, entre otros, a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, vinculado antes de la vigencia de la misma ley 100, fue adicionado por el artículo 1° de la ley 238 de 1995²⁵ en el que se señaló que las excepciones consagradas en el referido artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de la ley 100 de 1993 para los pensionados de los sectores a que dicho artículo 279 alude²⁶. Los referidos artículos 14 y 142 por su parte señalan lo siguiente:

ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA ACTUALES PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1o) de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

~~Los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996.~~

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.

Las expresiones tachadas en *italica*, fueron declaradas INEXEQUIBLES por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-409 de 1994.

ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. *No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.*

Cabe precisar que el aparte final en *italica* fue declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional en la Sentencia C-387 de 1994 en el entendido que "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

²⁵ ARTÍCULO 1o. Adiciónese al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente parágrafo:

"Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados". (negrilla fuera de texto)

²⁶ 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.*

Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida.

Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente Ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato.

Igualmente, el presente régimen de Seguridad Social, no se aplica a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma. Quienes con posterioridad a la vigencia de la presente Ley, ingresen a la Empresa Colombiana de Petróleos-Ecopetrol, por vencimiento del término de contratos de concesión o de asociación, podrán beneficiarse del régimen de Seguridad Social de la misma, mediante la celebración de un acuerdo individual o colectivo, en término de costos, forma de pago y tiempo de servicio, que conduzca a la equivalencia entre el sistema que los ampara en la fecha de su ingreso y el existente en Ecopetrol.

PARÁGRAFO 1o. La empresa y los servidores de que trata el inciso anterior, quedan obligados a efectuar los aportes de solidaridad previstos en esta ley.

Las entidades empleadoras referidas en el presente artículo, quedan facultadas para recibir y expedir los bonos correspondientes a los períodos de vinculación o cotización a que hubiere lugar, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto se expida.

PARÁGRAFO 2o. La pensión gracia para los educadores de que trata las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, continuará a cargo de la Caja Nacional de Previsión y del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, cuando éste sustituya a la Caja en el pago de sus obligaciones pensionales.

PARÁGRAFO 3o. Las pensiones de que tratan las leyes 126 de 1985 adicionada por la Ley 71 de 1988, continuarán vigentes en los términos y condiciones en ellas contemplados.

PARÁGRAFO 4o. <Adicionado por el artículo 1o. de la Ley 238 de 1995.> 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. (subrayas y negrilla fuera de texto)



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

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 1° 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.

Cosa distinta sucede con el reajuste de la asignación de retiro, prestación que no puede asimilarse a las pensiones que se establecen en el decreto 1212 de 1990, dadas sus especiales características a que se hizo referencia en el acápite anterior de esta sentencia, que igualmente impiden asimilarla a la pensión de vejez del régimen general de la ley 100 de 1993.

Dicha asignación en efecto responde a criterios claramente diferentes del régimen señalado para la pensión de vejez del régimen general tanto en el caso del régimen de prima media con prestación definida (art. 33 de la ley 100 de 1993 y artículo 9 de la Ley 797 de 2003), como del régimen de ahorro individual con solidaridad (artículo 64 de la ley 100 de 1993), pues no es en función de la edad, del número de semanas cotizadas, o del capital acumulado que se tendrá derecho a ella, sino que es en función de las causales a que alude el artículo 144 del decreto 1212 de 1990²⁷ que producido el retiro después de 15 o 20 años de servicio se tendrá derecho a dicha asignación y que, sin perder su grado policial, los oficiales y suboficiales cesarán en la obligación de prestar servicio en actividad, salvo en los casos de reincorporación²⁸, llamamiento especial al servicio²⁹ o movilización³⁰.

La anterior Jurisprudencia fue modificada mediante la sentencia C-432 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil en donde se expuso lo siguiente:

“...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...”

“...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...”

²⁷ A saber, después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios, o por mala conducta, o por no asistir al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada, o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicológica, o por incapacidad profesional, o por conducta deficiente y los que se retiren o sean separados con más de veinte (20) años de servicio.

²⁸ ARTICULO 127. LLAMAMIENTO AL SERVICIO ACTIVO. Los Oficiales y Suboficiales retirados en forma temporal podrán ser reincorporados al servicio activo de la Policía Nacional, en cualquier tiempo, a solicitud de parte o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General, según el caso, previo concepto favorable de la Junta Asesora de la Policía Nacional.

²⁹ ARTICULO 129. LLAMAMIENTO ESPECIAL AL SERVICIO. El Gobierno y la Dirección General de la Policía Nacional, podrán llamar en forma especial al servicio a los Oficiales y Suboficiales retirados en forma temporal, en cualquier tiempo para fines de entrenamiento o para satisfacer necesidades orgánicas de la Policía o hacer frente a las exigencias de la seguridad nacional.

Los Oficiales y Suboficiales que infringieren lo dispuesto en este artículo serán sancionados por resolución motivada de la Dirección General con multa que oscile de uno (1) a diez (10) sueldos básicos correspondientes al grado que ostenten al momento del llamamiento especial al servicio, descontable del sueldo de retiro o exigible por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sin perjuicio de la acción penal correspondiente.

Estos Oficiales y Suboficiales podrán ser retirados nuevamente, a juicio de la autoridad que efectuó el llamamiento, aunque no hayan cumplido quince (15) años de servicio.

PARAGRAFO. Las personas naturales o jurídicas con las cuales se encuentren trabajando los Oficiales y Suboficiales a que se refiere este artículo en el momento de su llamamiento especial al servicio activo, están en la obligación de reincorporarlos a sus respectivos cargos dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de su retiro. El llamamiento especial al servicio sólo suspende transitoriamente los contratos de trabajo.

Además de lo previsto en las leyes laborales, la contravención será sancionada por el Gobierno con multas de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales por cada Oficial o Suboficial.

³⁰ De acuerdo con el artículo 130 del mismo Decreto los Oficiales y Suboficiales que sean reincorporados al servicio activo de la Policía Nacional, ingresarán con la misma antigüedad que tenían en el momento del retiro y tendrán derecho a todas las prerrogativas correspondientes a su grado.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

"Un análisis histórico permite demostrar su naturaleza prestacional. Así, el artículo 112 del Decreto 501 de 1955, es inequívoco en establecer a la asignación mensual de retiro dentro del catálogo de prestaciones sociales a que tienen derecho los oficiales o suboficiales de la fuerza pública³¹. En idéntico sentido, se reitera la naturaleza prestacional de dicha asignación, en los artículos 101 y subsiguientes del Decreto 3071 de 1968."

"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 tiempo³². 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 1° y 3° del artículo 175 del decreto 1211 de 1.990, señalan:"

"Las asignaciones de retiro y pensiones militares se pagarán por mensualidades vencidas durante la vida del agraciado y son compatibles con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos, incluidos los correspondientes a la actividad militar por movilización o llamamiento colectivo al servicio."

"(...)"

"Las asignaciones de retiro y las pensiones militares son compatibles con las pensiones de jubilación e invalidez provenientes de entidades del 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 4° 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. 2°)."

"Al estudiar la tacha de inconstitucionalidad del inciso segundo citado, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 134 de 1.991, expresó:"

"Se trata de una cuestión laboral de prestaciones sociales, que como antes se ha dicho, está deferida al legislador."

"Esta misma competencia tiene su arraigo en el artículo 64 de la C.N. 1.886 (hoy, artículo 128 C.N. (1.991), con la posibilidad de que sea el legislador quien establezca excepciones, cual es cabalmente la consagrada en el mismo artículo 175 que hace compatible la asignación de retiro o la pensión de jubilación con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos (inciso 1°)."

"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."

31

Dispone el citado decreto: "TITULO QUINTO. De las prestaciones en actividad, retiro, por separación, por incapacidad e invalidez, por muerte, por desaparición y cautiverio. (...) Artículo 112. Los Oficiales y Suboficiales de las fuerzas militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años por voluntad del Gobierno o de los comandos de fuerza, según el caso, por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, por incapacidad relativa y permanente, por incapacidad profesional o por conducta deficiente, o a solicitud propia después de los veinte (20) años, tendrán derecho a participar de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a (...)".

32

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 (...)".



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

"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. (...) "³³

Así pues, observa el despacho que la Corte Constitucional cambió su criterio con relación a la naturaleza jurídica de la asignación de retiro asimilándola a las pensiones señaladas en el decreto 1212 de 1990 al ser una modalidad de prestación social con cierto grado de especialidad.

CASO CONCRETO

En este punto se ha de recordar el dilema endilgado en la fijación del litigio, al momento de la celebración de la audiencia inicial llevada a cabo el pasado 14 de agosto de 2013, y que hace referencia a determinar la procedencia de reajustar la asignación de retiro del SS ® FLAVIO ANTONIO CORDOBA PALACIOS, con base en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, según el IPC.

Puede suceder que los incrementos efectuados a las asignaciones de retiro de conformidad con el principio de oscilación sean inferiores al índice de Precios al Consumidor.

Al respecto, la Ley 238 de 1995 por la cual se adicionó el artículo 279 de la ley 100 de 1993, estableció que las excepciones consagradas en ese artículo "... no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados".

Así pues, el legislador contempló la posibilidad de que en algunos eventos es mas favorable la norma general que el régimen especial.

En un caso similar al que hoy se estudia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 17 de noviembre de 2005³⁴, dijo:

"Con los cambios económicos que ha sufrido el país, es muy probable que los sueldos de los miembros de la fuerza pública, incrementen algunos años en un porcentaje inferior al IPC, o no aumenten como ocurrió en el año 2003, de suerte que deberían correr las asignaciones de retiro con el principio de oscilación, 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.

La Sala entiende y lo ha expresado en otras ocasiones que, los regímenes salariales y prestaciones especiales prevalecen sobre los generales, lo que implica que no puede hacerse una mixtura entre lo favorable del especial y lo favorable del general, por cuanto se generaría una desventaja y con ella una desigualdad para los servidores sometidos al régimen general que no tendría opción de ver mejorados sus derechos si no a través de una reforma normativa, pero en caso como el estudiado, es el mismo legislador quien ha dispuesto la aplicación parcial de las normas generales que, en determinadas circunstancias resulten mas favorables a beneficiarios de regímenes especiales, cuando sus disposiciones queden rezagadas produciendo un desmejoramiento de los derechos laborales y prestacionales, así lo prevé la ley 238 de 1995..."

³³

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".

³⁴ Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sentencia del 17 de noviembre de 2005, expediente 03-7667 Demandante: Felix Gallardo Angarita, Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional M.P. Maria del Carmen Jarrín Ceron.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

En sentencia proferida por el H. Tribunal Administrativo del Tolima³⁵, en un proceso como el analizado, preceptuó:

"...De acuerdo con la postura de la Corte Constitucional, en el caso bajo estudio es procedente aplicar el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, ya que si bien es cierto el personal de la Fuerza Pública, es regido por una normatividad de carácter especial, también lo es que dicho régimen no puede colocar en una situación inequitativa al actor, vulnerando de esta manera el principio de igualdad consagrado en la norma superior"

Y en sentencia 8464-05 del 17 de mayo de 2007 M.P. Jaime Moreno García, la sección segunda del Consejo de Estado, aclaró lo siguiente³⁶:

"[...] Por, consiguiente no existe la menor duda en que 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

[...]

Lo cual quiere significar que a partir de la vigencia de la ley 238 de 1995, el grupo de pensionados de los sectores excluidos en la aplicación de la ley 100 de 1993, si 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 ibidem

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 corresponde al Gobierno Nacional en ejercicio de la ley 4ª de 1992, y de prevalencia de éste 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 (art. 150).

4. en torno a las previsiones del 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", 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 podía 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 más favorable, según se verá más 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 lo 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

³⁵ Tribunal Administrativo del Tolima, Sentencia del 29 de agosto de 2006, expediente 2956-06 Demandante: Roso Helidoro Leon Peña Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional M.P. Jose Aleth Ruiz Castro.

³⁶ En el mismo sentido se pronunció la subsección A de la Sección Segunda del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 17 de enero de 2008, con ponencia de la Dra. Sandra Lisset Ibarra Velez expediente 06-1193 de Jorge Eliecer Bonilla contra la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

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.

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 las fuerzas militares se le 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 éste que posteriormente fue redactado 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 servicio público, pero el interesado puede optar por la más favorable, como expresamente lo establece el inciso 2º del artículo 36 del decreto 443 de 2004

[...]"

En este orden de ideas, si la asignación de retiro se asimila a una pensión de conformidad con la sentencia C-432 de 2004, resulta aplicable el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, dado que el artículo 1 de La Ley 238 de 1995, por medio del cual se adiciona el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, estatuye que las excepciones consagradas no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de la mencionada ley, para los **pensionados** de los sectores allí contemplados.

De esta manera se declarará la nulidad del acto administrativo oficio No. 1548 de 4 de enero de 2012 mediante el cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, negó la reliquidación de la asignación de retiro del demandante conforme con el IPC; ordenando en consecuencia a la entidad demandada revisar los incrementos que se han realizado a la asignación de retiro del señor FLAVIO ANTONIO CORDOBA PALACIOS, desde el 1997 hasta el 31 de diciembre de 2004,³⁷ por cuanto, como quedó explicado, tanto el Legislador como el Ejecutivo previeron nuevamente para los miembros de la Fuerza Pública el sistema de oscilación, como fórmula especial

³⁷ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Segunda, subsección "b" C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Ref. Interno 2043-08.

En ese orden, el ajuste de las asignaciones de retiro a partir del año de 1995 deberá hacerse con fundamento en el I.P.C. que certifique el DANE; fórmula aplicable hasta el año de 2004, en razón a que el propio Legislador volvió a consagrar el sistema de oscilación como la forma de incrementar las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, a través del artículo 3 [3.13] de la Ley 923 de 2004, el cual fue reglamentado por el artículo 42 del Decreto 4433 del mismo año en los siguientes términos:

"Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.

El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley."



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

de ajuste de las asignaciones de retiro, con el objeto de verificar cual porcentaje es mayor para el reajuste, si el establecido por el Gobierno Nacional para el aumento de los salarios de la las Fuerza Publica, año tras año, o el del índice de Precios al Consumidor aplicado a los reajustes pensionales de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Cumplido lo anterior, aplicará únicamente el porcentaje más alto para establecer el incremento de la asignación de retiro, y el pago de las diferencias que resultaren del reajuste de la mesada pensional del señor SS @ FLAVIO ANTONIO CORDOBA PALACIOS, se efectuará a partir del 14 de diciembre de 2007, ya que sobre el cobro de las sumas anteriores a esta fecha ha operado el fenómeno de la prescripción de conformidad con el decreto 4433 de 2004, cuyo término es de cuatro años, en razón a que la solicitud de revisión fue presentada por la demandante, el 14 de diciembre de 2011 (fls. 4 a 6); de modo tal que se declarara probada de oficio la excepción de PRESCRIPCION DE LAS MESADAS PENSIONALES.

De otra parte, resulta del caso advertir que se dejará sin efecto el capitulo relacionado con las excepciones previas inmerso en la audiencia celebrada el pasado 20 de agosto de 2013, teniendo en cuenta lo ya manifestado acerca de la contestación extemporánea de la demanda por parte de la entidad demandada. Esta decisión se efectuará teniendo en cuenta que las disposiciones ilegales no atan ni al juez ni a las partes.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito, Administrando Justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la nulidad del Oficio No. 1548 de 4 de enero de 2012, suscrito por el Subdirector de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a través del cual se negó la reliquidación de la asignación de retiro del señor FLAVIO ANTONIO CORDOBA PALACIOS de conformidad al índice de Precios al Consumidor.

SEGUNDO.- ORDENAR a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES que a título de restablecimiento del derecho, revise los incrementos que se le realizaron a la asignación de retiro del señor FLAVIO ANTONIO CORDOBA PALACIOS desde 1997 hasta el 31 de diciembre de 2004, con el objeto de verificar cual porcentaje es mayor para el reajuste, si el establecido por el Gobierno Nacional para el aumento de los salarios de la Fuerza Publica, año tras año, o el del Índice de Precios al Consumidor aplicado a los reajustes pensionales de acuerdo a lo establecido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. Cumplido lo anterior, aplicará únicamente el porcentaje más alto para establecer el incremento de la asignación de retiro.

TERCERO.- DECLARAR probada de oficio la excepción de PRESCRIPCION DE LAS MESADAS PENSIONALES.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

CUARTO.- ORDENAR el pago de las diferencias que resultaren del reajuste de la mesada pensional del señor SS ® FLAVIO ANTONIO CORDOBA PALACIOS, a partir del 4 de enero de 200, tal como quedó explicado en la parte considerativa.

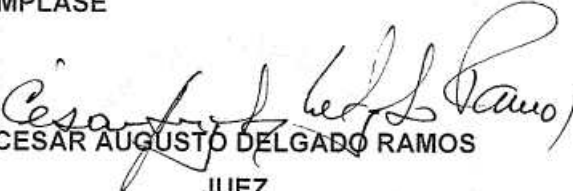
QUINTO.- DEJAR sin efecto sin efecto el capítulo relacionado con las excepciones previas inmerso en la audiencia celebrada el pasado 20 de agosto de 2013.

SEXTO.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

SEPTIMO.- En firme ésta decisión, expídanse copia con destino a las partes de acuerdo con el artículo 115 del C.P.C., LIQUÍDENSE los gastos del proceso, DEVUELVANSE los remanentes si los hubiere y ARCHÍVENSE las diligencias.

OCTAVO.- Expídase la primera copia que presta mérito ejecutivo, una vez la presente providencia se encuentre debidamente ejecutoriada.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


CESAR AUGUSTO DELGADO RAMOS
JUEZ

*Consejo Superior
de la Judicatura*