



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, treinta y uno (31) de marzo de dos mil catorce (2014).

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del derecho
Radicado: 15001 33 33 004 **2013 00023 00**
Demandante: Hipólito Montenegro Chivatá
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

1.- DESCRIPCIÓN

1.1. TEMA DE DECISIÓN.

Agotado el trámite procesal correspondiente, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

1.1.1. ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN.

PARTES.

Demandante: HIPOLITO MONTENEGRO CHIVATÁ, identificado con C.C. 17.169.223
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

OBJETO.

Declaraciones:

Solicita la apoderada demandante que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. S – 2013 009994 DIPON / ARPRE – GRUPE 1.8.5.-22 del 15 de enero de 2013, proferido por el Jefe Grupo Pensionados de la Policía Nacional, mediante el cual esa entidad le negó al señor HIPOLITO MONTENEGRO CHIVATA la reliquidación de la de asignación de retiro de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor de los años 1999, 2002 y 2004.

Condenas:

Solicita a título de restablecimiento del derecho ordenar la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro reconocida por la NACIÓN – DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL al demandante mediante la Resolución No. 8512 del 13 de diciembre de 1978, adicionándole los porcentajes correspondientes a la diferencia existente entre el incremento en que fue aumentada la asignación de retiro, en aplicación de la escala gradual salarial porcentual y el índice de precios al consumidor que se aplicó para los reajustes pensionales con fundamento en el artículo 14 de la ley 100 de 1993, norma que dispone el incremento anual de las pensiones en un porcentaje igual al I.P.C. del año anterior en los años 1999, 2002 y 2004.

Pide además reajustar la asignación de retiro año por año a partir de 1999 a la fecha con los nuevos

valores que arroje la reliquidación solicitada.

También solicita se ordene 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 1999 en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado.

Requiere que se ordene el pago de intereses moratorios, gastos y costas procesales, además que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos señalados en los artículos 192, 193 y 195 del C.C.A.

Fundamentos de la pretensión.

➤ Fácticos.

La apoderada de la parte actora relata que previo el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, la NACIÓN – DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL mediante Resolución No. 8512 del 13 de diciembre de 1978 le reconoció asignación de retiro al señor Agente HIPOLITO MONTENEGRO CHIVATA.

Que desde que el demandante obtuvo la asignación de retiro, ésta viene siendo reajustada anualmente mediante la aplicación del principio de oscilación contemplado en el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990.

La asignación de retiro del demandante en los años 1999, 2002 y 2004 fue reajustada en un porcentaje inferior al IPC del año inmediatamente anterior, desconociéndose lo preceptuado en el artículo 1 del la ley 238 de 1995, así como también en el artículo 14 y el parágrafo 4 del artículo 279 de la ley 100 de 1993.

Realiza un estudio comparativo entre los incrementos realizados a las mesadas de los pensionados del régimen general así como de los regímenes especiales, estableciendo la diferencia respecto de los años 1997, 1999, 2002 y 2004.

Manifiesta que con el memorial CAGEN No. 165851 del 5 de diciembre de 2012, el demandante radicó ante la NACIÓN – DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL derecho de petición el cual tenía por objeto: **a)** La reliquidación, reajuste y pago de la pensión que viene disfrutando, de conformidad con los porcentajes señalados en el numeral 4 de la demanda; **b)** Igualmente solicitó indexar los nuevos valores arrojados por la reliquidación.

Refiere que la NACIÓN – DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL respondió desfavorablemente la solicitud contenida en el derecho de petición, mediante acto administrativo 00994 DIPON-ARPRE-GRUPE 1.8.5-22 del 15 de enero de 2013, que aquí se demanda.

➤ Jurídicos.

Se indican como infringidas con la expedición del acto administrativo demandado las siguientes:

- **Constitucionales:** Preámbulo, 1, 2, 4, 13, 46, 48, 53 y 58.
- **Legales:** Ley 238 de 1995 en su artículo 1; Ley 100 de 1993 en los artículos 14, 279 en su parágrafo 4; Ley 4 de 1992 en su artículo 2, literal a); y 138 del C.C.A.

➤ Concepto de violación.

Argumenta la trasgresión, en resumen, así:

El demandado al negarle al señor HIPOLITO MONTENEGRO CHIVATA el derecho a que su pensión mantenga el poder adquisitivo constante, está violando los principios fundamentales propios del Estado Social de Derecho establecido en el artículo 1 del mandato superior.

El demandado al aplicar los aumentos de las asignaciones de retiro a su cargo, no ha tenido en cuenta que los porcentajes incrementados a los salarios del personal activo, en varias oportunidades, han sido inferiores al IPC del año anterior, lo que los hace inaplicables legalmente para el caso de las pensiones a su cargo, porque éstas no pueden ser inferiores al IPC del año anterior.

Cuando los incrementos de las asignaciones de retiro de la Fuerza Pública han sido en un porcentaje inferior al del IPC, no se está dando cumplimiento a lo establecido en los artículos constitucionales 48 y 53, que consagran el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones, se está reduciendo y congelando su poder adquisitivo.

El principio de oscilación es aplicable en la medida en que los porcentajes de aumentos anuales del personal en servicio activo sean iguales o superiores del IPC del año anterior.

En caso de ser inferiores, este principio, el de oscilación, es abiertamente contrario al mandato constitucional y no debe ser aplicado por cuanto desconoce la supremacía constitucional y debe acudir al régimen general aplicando el artículo 14 de la ley 100 de 1993 tal como lo dispone la ley 238 de 1995.

El demandado al no encontrar expresamente definida en la ley la forma de realizar el incremento anual de las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, en aplicación del principio de favorabilidad, debió aplicar el porcentaje más alto entre el decretado por el gobierno nacional para fijar las asignaciones básicas del personal en servicio activo y el del IPC, aplicado a las pensiones en todos los regímenes.

El demandado al realizar un aumento anual de la asignación de retiro en un porcentaje por debajo del IPC, actuó en abierta contradicción con el artículo 53 de la Constitución, que contempla en materia laboral el principio de favorabilidad que le asiste a la demandante donde constitución y ley lo disponen con carácter de obligatoriedad.

OPOSICIÓN.

La **POLICÍA NACIONAL**, por medio de apoderado manifestó oponerse a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Manifiesta que la totalidad de las pretensiones resultan infundadas e improcedentes en consideración a que el oficio impugnado se encuentra ajustado a derecho y goza de presunción de legalidad.

Que en efecto al no adicionar la Institución los porcentajes correspondientes a la diferencia existente entre el porcentaje en que fue aumentada la pensión del demandante, en aplicación de la escala gradual salarial porcentual y el IPC que se aplicó para los reajustes pensionales con fundamento en el parágrafo 4 del artículo 279, en concordancia con el artículo 14 de la ley 100 de 1993 y para los años 1999, 2002, ello se encuentra de conformidad con lo preceptuado en las leyes especiales y preexistentes que le rigen a la Institución y genera los efectos jurídicos respectivos, por lo cual el acto administrativo demandado goza de presunción de legalidad.

El reajuste del I.P.C. contemplado en la ley 100 de 1993 no es aplicable para el presente caso, teniendo en cuenta el principio de inescindibilidad de la norma.

La Policía Nacional goza de un régimen especial en materia pensional y prestacional de carácter constitucional y no resulta jurídicamente posible que la Institución deba acoger normas de carácter general.

La norma que debe aplicarse es la que esté vigente al momento de causarse el derecho, y con base en ello señalar que dicha situación regida por la norma vigente al momento de causarse tal derecho, consolida la situación reclamada a partir de la fecha y no con posterioridad en el tiempo cuando viene a regir una norma nueva.

Propuso la excepción denominada "PRESCRIPCIÓN" la que sustentó de la siguiente manera:

"(...) a partir del estudio de la demanda impetrada, se advierte en el acápite de pretensiones de la misma, que la parte actora esta (sic) solicitando el reconocimiento, reajuste y pago de la diferencia en los porcentajes entre lo reajustado por el Gobierno Nacional, con relación al reajuste por IPC solamente para los años 1999, 2002 y 2004.

Lo anterior implica que la demandante tendría derecho a que se le reajuste su pensión para dichos años solamente; lo anterior, sin perjuicio de las normas que establecen la prescripción para este tipo de prestaciones."

Transcribe parte de decisión adoptada por el Consejo de Estado en el proceso No. 25000 23 25 000 2007 00267 01, del 12 de febrero de 2009, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

Y continúa sustentando la excepción propuesta, de la siguiente manera:

"(...) se tiene en el sub judice, se radicó derecho de petición con el fin de obtener el reajuste de las mesadas de la pensión correspondientes a los años 1999, 2002 y 2004; dicha petición fue radicada para el día el 05 de diciembre del año 2012, es decir, que teniendo en cuenta la prescripción cuatrienal, se interrumpió la prescripción para las mesadas devengadas desde el 08 de abril de 2008. No obstante y atendiendo a que los años en que la pensión, en principio, porque habrá que demostrarse en el proceso, fue incrementada en un porcentaje inferior al IPC fueron 1999, 2002 y 2004, se observa que en el presente caso ha operado el fenómeno de la prescripción, de las mesadas devengadas de dichos años, por tanto no habría lugar a reconocimiento alguno por dichos cobros.

1.1. TESIS Y PROBLEMA JURÍDICO.

Problema jurídico y Tesis:

Debe determinar el Despacho si el señor HIPOLITO MONTENEGRO CHIVATÁ tiene derecho a que se le reajuste la pensión por incapacidad absoluta y permanente con fundamento en el índice de precios al consumidor a partir del año de 2007, y, no de acuerdo al principio de oscilación establecido en una norma especial que resultaba menos favorable al régimen general.

La tesis de la parte demandante: La pensión de invalidez del demandante en los años 1999, 2002 y 2004 fue reajustada en un porcentaje inferior el índice de precios al consumidor (I.P.C.) del año inmediatamente anterior, generándose una diferencia en su contra, razón por la cual dicha asignación tiene que ser reliquidada para los años en referencia con base en el I.P.C. del año anterior correspondiente a cada uno de ellos, aunado al reconocimiento y pago de las diferencias a que haya lugar por el reajuste de la asignación de retiro, debido a que de acuerdo a lo señalado en el artículo

14 de la ley 100 de 1993 para que las pensiones mantengan el poder adquisitivo constante éstas deben reajustarse conforme al I.P.C. en aplicación al principio de favorabilidad, además que es aplicable también a los miembros de las fuerzas armadas que son beneficiarios de asignaciones de retiro de acuerdo a lo señalado en la ley 238 de 1995.

La tesis de la parte demandada: Al no adicionar la Policía Nacional los porcentajes correspondientes a la diferencia existente entre el porcentaje en que fue aumentada la pensión del demandante, en aplicación de la escala gradual salarial porcentual y el I.P.C. que se aplicó para los reajustes pensionales con fundamento en el parágrafo 4 del artículo 279, en concordancia con el artículo 14 de la ley 100 de 1993 y para los años 1999, 2002 y 2004, ello se encuentra de conformidad con lo preceptuado en las leyes especiales y preexistentes que le rigen a la Policía Nacional y genera los efectos jurídicos respectivos, por lo cual el acto administrativo demandado goza de presunción de inocencia.

La tesis del Despacho es que es viable el reajuste de la pensión por incapacidad absoluta y permanente que devenga el actor, por cuanto, si el reajuste pensional previsto para la Fuerza Pública por el sistema de oscilación resulta menos benéfico que el señalado en el régimen general ha de acudir a éste, no sólo por razones de orden constitucional sino también legal. Fue a partir de la Ley 238 de 1995 que se otorgó el derecho a los pensionados de la Fuerza Pública al reajuste de su asignación mensual de retiro (en donde también se debe incluir los pensionados por invalidez) con base en el Índice de Precios al Consumidor y si bien podría entrar en contraposición con las previsiones de la Ley marco 4ª de 1992 para el presente caso sólo es posible dejar de aplicar una ley ordinaria posterior, especial y más favorable, en lugar de una ley marco anterior, 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, sin embargo, cuando en el plano legal dos normas se presumen constitucionales y pueden entrar en conflicto es perentorio que el juez aplique la que en mejor medida proteja los principios y derechos fundamentales, según el principio de interpretación conforme de la ley.

Con el fin de resolver la controversia planteada considera el Despacho que es del caso estudiar la normatividad que regula la pensión por incapacidad absoluta y permanente para los miembros de la Policía Nacional, las normas que consagran el reajuste de las asignaciones de retiro y pensiones de invalidez, los recientes pronunciamientos jurisprudenciales, el principio de favorabilidad en aplicación de normas especiales y el fenómeno de la prescripción; luego se pasará al análisis del caso concreto y conclusión.

1.2. CRÓNICA DEL PROCESO.

La demanda fue admitida por medio de auto de fecha veinticuatro (24) de mayo de 2013 (fs. 54 a 57), disponiéndose la notificación personal al representante legal de la entidad demandada, al Agente del Ministerio Público y a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, lo cual se realizó según constancia que obra a folio 65. De la misma manera se corrió traslado para contestar demanda desde el 02 de agosto de 2013 hasta el 16 de septiembre siguiente (fl. 68). La entidad accionada contestó oportunamente la demanda. Por auto de fecha 08 de noviembre de 2013 (fl. 104) se fijó el 28 del mismo mes y año para realización de primera audiencia, data en la cual se evacuó todo el procedimiento regulado en el artículo 180 de la ley 1437 de 2011. Ante la falta de allegarse con anterioridad el documento requerido en la audiencia inicial, sólo hasta el 12 de febrero de 2014 se pudo realizar la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del C.P.A.C.A., dándose por agotada esa etapa y se ordenó presentar los alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes a su realización, de lo cual hicieron uso los apoderados de las partes.

1.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Apoderada demandante: El derecho al reajuste de la asignación de retiro con aplicación del I.P.C. es viable en razón al mandato superior establecido en los artículos 48 y 53 que consagran el derecho a los pensionados a que sus mesadas mantengan el poder adquisitivo. Los derechos constitucionales, y en este caso los que tienen que ver con la Seguridad Social que son irrenunciables, pueden ser reclamados en cualquier tiempo, hasta que sean reconocidos por la administración. Cuando alegando prescripción del derecho concede parcialmente el reajuste de la asignación de retiro, se está condenando al pensionado a tener una mesada de menor valor de la que le corresponde, se estaría perpetuando mediante mandamiento judicial un tratamiento discriminatorio, el cual está demostrado y sustentado a lo largo del proceso, y con ello se le estaría reduciendo el valor de su mesada, contraviniéndose lo dispuesto en el artículo 48 de la Carta.

El fenómeno jurídico de la prescripción no opera sobre los derechos constitucionales, se aplica en el caso de las pensiones a las mesadas no reclamadas, más no al derecho mismo, porque este por ser inherente a la seguridad social es irrenunciable e imprescriptible.

Transcribe apartes de la sentencia del Consejo de estado proferida dentro del radicado 2007 – 00141, igualmente de la sentencia T- 130 de 2009, afirmando que no queda duda que el demandante es titular de pensión, y como tal le asiste el derecho a reclamar y a obtener de los operados judiciales el reconocimiento del derecho a que su asignación de retiro mantenga el poder adquisitivo.

Con el fin de dar claridad que el derecho al reajuste no prescribe y que se debe disponer desde 1997, transcribe otras sentencias proferidas por el Consejo de Estado respecto del tema de la referencia.

Finalmente solicita que se profiera fallo accediendo a las pretensiones de la demanda y se ordene a la demandada a reajustar la asignación de retiro del actor con aplicación del I.P.C. para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, y el pago de las diferencias del reajuste hasta la fecha en que liquide el fallo con prescripción cuatrienal de conformidad a lo establecido en los decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990.

Apoderado demandado: Se ratifica en todo lo manifestado dentro de la contestación de la demanda y adicionalmente esgrime que la fuerza pública ostenta un régimen especial en cuestión de reconocimiento y pago de salarios, prestaciones y pensiones.

Que atendiendo a lo establecido en el artículo 150 de la Carta Magna, en su numeral 19, literal e), fue que se creó la Ley 4 de 1992, mediante la cual se señalaron las normas, objetivos y criterios que debía observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos.

Corresponde al legislativo a través del cumplimiento en la ley 4 de 1992, y con base en la configuración del régimen especial de carrera prevista para los miembros de la fuerza pública, que establezca los reajustes y demás emolumentos que por Ley le corresponde expedir, ya que el Gobierno Nacional se encuentra limitado sobre el particular, a raíz de la ausencia en su facultad para legislar dichos temas.

Los miembros de la fuerza pública no pueden acogerse a normas que regulen los ajustes prestacionales y/o pensionales a partir de la aplicación, sobre el mismo tema, de otros sectores de la administración pública, o en aplicación de contenidos vistos en leyes posteriores a la norma que le fuera aplicada en su debido tiempo, dada la misma especialidad de su régimen, y dada la aplicación del principio general del derecho sobre la irretroactividad de la ley.

Refiere que no existe omisión por parte de la accionada en el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales, y así las cosas no deben prosperar las pretensiones de la demanda, pues se

han venido cumpliendo las normas tal y como han sido creadas y con su valor teleológico a partir de su emanación.

Al decir del apoderado de la parte accionada dentro del plenario no se demostró causal de anulación alguna en el acto administrativo por medio del cual se negó el reajuste de la pensión de la parte actora por no inclusión de la diferencia en los porcentajes reconocidos por el Gobierno Nacional en comparación con los porcentajes establecidos por el I.P.C.

Manifiesta que precisamente los aumentos de las pensiones que realiza el Gobierno Nacional, se hace con base en el principio de oscilación, no siendo posible la aplicación de normas diferentes a las que regulan específicamente lo relacionado con la Policía Nacional.

Ya por último hace referencia a la prescripción señalada en los Decretos 1212/90 en su artículo 155, y 1213/90 artículo 113. Transcribió apartes de la providencia proferida por el Consejo de Estado de fecha 12 de febrero de 2009, dentro del proceso radicación No. 25000-23-25-000-2007-00267-01 que trata sobre las prescripción de las mesadas, explicando que en el presente caso se radicó derecho de petición con el fin de obtener el reajuste de las mesadas de la pensión correspondiente a los años 1999, 2002 y 2004, la cual fue radicada el 05 de diciembre de 2012, es decir, se interrumpió la prescripción para las mesadas devengadas desde el 05 de diciembre de 2008.

Insiste que no se demostró que la pensión del actor hubiese sido incrementada en un porcentaje inferior al I.P.C. con respecto a lo incrementado por el Gobierno Nacional, aparte que ha operado el fenómeno de la prescripción de las mesadas devengadas de dichos años, tampoco habrá lugar a reconocimiento alguno por dichos cobros, por falta de prueba.

3.- PREMISAS PARA LA SOLUCIÓN DEL CASO

3.1. PREMISAS FÁCTICAS.

Obran en el expediente las siguientes pruebas que interesan para resolver el caso planteado:

- Memorial contentivo del derecho de petición elevado ante la entidad demandada radicado número 165851 del 05 de diciembre de 2012, por medio de la cual el demandante requirió el reajuste de asignación de retiro con base en el I.P.C. (fs. 25 y 26)
- Oficio No. S – 2013 009994 DIPON / ARPRE – GRUPE 1.8.5-22, del 15 de enero de 2013, firmado por el Jefe Grupo Pensionados de la Policía Nacional, por medio del cual se le negó al demandante el reajuste de la asignación de retiro con base en el I.P.C. (fs. 28 y 28 A)
- Copia microfilmada de la hoja de servicios correspondiente al demandante. (fs. 31 y 32)
- Copia de la Resolución No. 8512 del 13 de diciembre de 1978, firmado por el Director General de la Policía Nacional, el cual fue remitido anexo al oficio No. S-2012-324269-dipon ARPRE-GROIN 22, de fecha 29 de noviembre de 2012. (fs. 35, 36, 125 y 126)
- Certificaciones en tres folios, expedidas por el Jefe Grupo de Pensionados de la Policía Nacional, correspondientes al demandante, donde consta lo percibido por concepto de mesada pensional para los meses de diciembre de los años 1999, 2002 y 2004.

3.3. PREMISAS JURÍDICAS.

3.3.1. La regla general creada por el legislador para reajustar las pensiones.

La Constitución Política garantiza el derecho a la conservación del poder adquisitivo de la mesada pensional, mediante dos normas:

El artículo 53 de la Carta Política garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

A su vez, el artículo 48 de la Constitución Política en sus incisos 7 y 8 contiene el principio de garantía de pago de las pensiones, bajo tres premisas definidas por el Acto Legislativo No. 1 de 2005, que reformó dicha norma. La primera de ellas se refiere al deber, radicado en el Estado, de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, asegurando el pago de las mesadas en cualquiera de los regímenes del Sistema General de Pensiones, la segunda le impone la obligación de asumir el pago de la deuda pensional que esté a su cargo, y la tercera, que es la que interesa para el presente debate, establece la garantía de que las mesadas pensionales conservarán su poder adquisitivo, al indicar el inciso octavo de la precitada norma: **“(...) Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho”**.

En consecuencia, las pensiones deben ser sometidas a aumentos graduales y porcentuales para conservar su valor, de acuerdo con los postulados legales aplicables, para así garantizar los derechos al mínimo vital y vida en condiciones dignas de su titular, ya que, como indicó la Corte Constitucional: **“(...) De no existir tales reajustes las pensiones se convertirían en irrisorias, pues la devaluación de la moneda hace que pierdan su capacidad adquisitiva, en detrimento de los pensionados”¹**.

Por ello, la Ley 100 de 1993 en su artículo 14 creó la regla general para incrementar las pensiones de vejez, jubilación, invalidez y de sobrevivientes de los regímenes del Sistema General de Seguridad Social, siendo esta la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. La norma en mención indica:

ARTICULO 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.

Dicho índice, según han señalado el DANE y las asociaciones de consumidores, fue establecido como mecanismo para determinar cómo sería posible mantener la cantidad y calidad de los bienes y servicios que son consumidos por los Colombianos, tasando su porcentaje de cambio a través de investigaciones estadísticas que permiten medir la variación porcentual de los precios al por menor², en consecuencia este índice se aplicó al incremento de las mesadas pensionales, para conservar su poder adquisitivo. Cabría entonces preguntarse si dicha regla general de incremento debe aplicarse también a las asignaciones de retiro, tal como solicita el demandante, o si por el contrario dado que éstas pertenecen a un régimen especial tienen una regla propia de la que no puede prescindirse, aunque la aplicación de la misma conduzca a reajustes menores.

3.3.2. La regla para el reajuste de las asignaciones de retiro y las pensiones por invalidez de la fuerza pública.

¹ Sentencia C-387 de 1994. Magistrado Ponente CARLOS GAVIRIA DIAZ.

² Así lo ha definido la Confederación Colombiana de Consumidores en su página web www.cconsumidores.org.co.

En vigencia de la Constitución de 1886 la autoridad competente para expedir las normas referentes al régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública era el Congreso de la República³, atribución en virtud de la cual se expidió la Ley 66 de 1989, por medio de la cual el legislativo: "(...) **reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias pro t  mpore para reformar los estatutos y régimen prestacional del personal de oficiales, suboficiales, mayores y civiles del Ministerio de defensa, las Fuerzas militares y de Policía Nacional y Establece el régimen de vigilancia privada**". En ejercicio de estas facultades, el Gobierno Nacional procedió a expedir el Decreto 1211 de 1990 "Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares", el Decreto 1212 de 1990 "Por el cual se reforma el estatuto de personal y suboficiales de la Policía Nacional", y el Decreto 1213 de 1990, "Por el cual se reforma el estatuto de personal de mayores de la Policía Nacional".

Estos decretos acuden también como regla para reajustar las asignaciones de retiro al principio de oscilación, pues en sus artículos 169, 151 y 110 sealan que para este efecto se tomarán en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad de cada grado, sin que en ningún caso las asignaciones de retiro sean inferiores al salario mínimo. La regla contempla una prohibición: los oficiales o suboficiales y sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen incrementos prestacionales en otros sectores de la administración pública, a no ser que la ley así lo disponga.

En la Constitución de 1991, frente a las competencias constitucionales y legales para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos el constituyente acudió a la tipología legislativa de las leyes marco o cuadro. Los artículos 217, 218 y 150 numeral 19 literal e determinan este tipo de ejercicio concurrente de competencias, conforme a la cual el Congreso sealaa los criterios generales que establecen como deberá regularse determinada materia o figura, en tanto que el Gobierno Nacional se encargará de desarrollar dichas pautas generales a través de decretos ejecutivos⁴. De esta manera se expidió la Ley 4   de 1992, que contiene el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y el régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales⁵, y que en su artículo 1 literal d, expresa:

Art. 1. 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.

En ejercicio de esta atribución el Gobierno Nacional ha expedido normas que regulan el régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública, entre los que cabe mencionar los Decretos 041 de 1994, 262 de 1994, 573 y 574 de 1995, 122 de 2000, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 1791 de 2000, 2737 de 2001, 745 de 2002, 3552 de 2003, 41 y 58 del 2005, 407 de 2006, 1515 de 2007 y 673 de 2008, conformando un régimen normativo especial para la Fuerza Pública en materia prestacional, en el cual **la regla para el incremento de asignaciones de retiro y las pensiones por invalidez de los miembros de la Fuerza Pública sigue siendo el principio de oscilación**, tal como fue establecido en los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990.

Ahora bien, posteriormente, la **Ley 923 de 2004** mediante la cual el legislador seal   las normas, objetivos y criterios que debería observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en

³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1886, Art. 76: "Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: (...) 9) Determinar la estructura de la Administración Nacional mediante la creación de ministerios (...) y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de prestaciones sociales".

⁴ Véase: Sentencia C-781 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁵ Ley marco de salarios y prestaciones sociales "mediante la cual se sealan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política".

el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política, dispuso:

ARTICULO 2º. Objetivos y criterios. Para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta además de los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad los siguientes objetivos y criterios:

2.4. El mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones legalmente reconocidas

ARTICULO 3º. - Elementos mínimos. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos: (...)

3.13. El incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo.

De igual manera, el Decreto 4433 de 2004 por medio del cual en desarrollo de la Ley 923 de 2004 el Gobierno Nacional fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, dispuso:

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 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.

Frente a la especialidad del régimen aplicable a la Fuerza Pública en materia prestacional ha manifestado la Corte Constitucional:

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.⁶

En virtud de la especialidad del régimen prestacional de la Fuerza Pública, que desarrolla la Jurisprudencia Constitucional, el legislador en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó expresamente a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional de la aplicación de las

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-432 del 6 de mayo de 2004. M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.

normas que configuran el Sistema General de Seguridad Social:

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

En conclusión, podría afirmarse que la regla general en materia de reajuste pensional establecida en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, esto es, el incremento en la misma proporción que la variación de precios al consumidor certificada por el DANE para el año inmediatamente anterior, no se aplica en principio a las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, y en particular, que las del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que se reajustan de conformidad con el llamado principio de oscilación, según lo señalado en el Decreto 1211 de 1990, regla conforme a la cual su incremento será igual al establecido para las asignaciones de los miembros en actividad. La dificultad en la aplicación de esta última surge cuando el aumento de las asignaciones de retiro del personal de dicho sector conforme al principio de oscilación es inferior a la establecida en la regla general que contiene el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, pues la aplicación de la norma parece conducir a una situación desventajosa para un determinado grupo de servidores públicos, igualmente a que no se mantenga el poder adquisitivo de sus asignaciones de retiro.

3.3.3. La tensión que surge de la aplicación de las reglas de régimen general y las reglas especiales aplicables a la fuerza pública en materia de reajustes.

La aplicación de la regla especial de reajuste para las asignaciones de retiro se deriva del carácter de especialidad del régimen aplicable a la Fuerza Pública, que ha sido objeto de amplio análisis por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Sobre este punto, en las Sentencias C-941 de 2003⁷, C-432 de 2004, la Corte Constitucional concluyó que: **(i)** En el sistema pensional Colombiano existen regímenes prestacionales especiales, sin que ello vaya en contravía del principio constitucional de igualdad, pues se han establecido tanto para preservar los derechos adquiridos de un sector de trabajadores como en consideración a las especiales circunstancias que impone el desarrollo de determinada labor, como es el caso de aquella que desarrolla la Fuerza Pública. **(ii)** Es admisible, de conformidad con la Carta Política, el establecimiento de un régimen especial de prestaciones sociales dirigido exclusivamente a los miembros de la Fuerza Pública, regulado por un sistema normativo diferente al que construye el régimen de seguridad social general previsto en la Ley 100 de 1993, y **(iii)** Riñe con la equidad que una persona beneficiada por un régimen especial, en conjunto superior al sistema general de seguridad social, pretenda que se le extiendan aspectos puntuales de este en la medida que su regulación es más benéfica. Por tanto, las personas vinculadas a los regímenes especiales deben someterse integralmente a estos, sin que puedan apelar a los derechos consagrados en el régimen general. **(iv)** Los diversos sistemas de seguridad social funcionan con metodologías propias, otorgando prerrogativas distintas, definidas por las características comunes del grupo humano al cual se dirigen. Entonces no es posible afirmar la discriminación a partir de la comparación con la misma regla o patrón. **(v)** Solamente podría afirmarse la discriminación si se refiere a una prestación “suficientemente autónoma”, de manera que se pueda constatar que por sí misma crea una verdadera discriminación respecto del régimen general, pero entonces deben darse los siguientes elementos: **(a)** autonomía de la prestación. **(b)** La prestación da lugar en el régimen especial a un tratamiento indudablemente desventajoso, y **(c)** Debe ser evidente que no existe otro beneficio superior en el régimen especial que compense la desigualdad frente al sistema general de seguridad social.

No obstante lo anterior, parecería que la tensión que surge entre la aplicación de las normas que consagran el régimen especial para la Fuerza Pública y las de carácter general ha sido solucionada con

⁷ Magistrado Ponente ALVARO TAFUR GALVIS.

la expedición de la Ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 en el siguiente sentido:

Art. 1. Adiciónese el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 con el siguiente párrafo:

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

Art. 2 Vigencia: La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Entonces, la norma anterior introdujo una importante variación frente a la regla de reajuste de las asignaciones de retiro de la Fuerza Pública, en el sentido de posibilitar la aplicación de la regla general de incremento de pensiones a la situación particular y específica del personal de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional en situación de retiro. En efecto, al introducir la disposición antes transcrita una adición al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los sectores excluidos de la aplicación del Sistema General de Seguridad Social tienen derecho a que se reajusten sus pensiones teniendo en cuenta la variación del índice de precios al consumidor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, en la sentencia C-941 de 2003, donde se formulaban cargos de constitucionalidad a algunas expresiones del Decreto Ley 1212 de 1990, por considerar que la aplicación del principio de oscilación establecido en la citada norma para el reajuste de la asignación de retiro y las pensiones de los servidores de la Policía Nacional había generado una situación de desigualdad y discriminación frente al tratamiento dado a los trabajadores a quienes se les aplica la ley 100 de 1993⁸, señaló la Corte Constitucional:

(...) 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

⁸ Los cargos formulados en dicha oportunidad contra la norma fueron los siguientes: "al momento de la expedición del Decreto Ley 1212 de 1990, no existía ninguna razón para cuestionar su compatibilidad con el ordenamiento. Antes por el contrario, se consagraba en dicho Estatuto, un régimen prestacional y pensiónal para los servidores de la Policía Nacional, que les daba favorecimientos frente a otros funcionarios del sector público...". Pero que con la expedición de la ley 100 de 1993, los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional regidos por el decreto 1212 de 1990: "pasaron de un régimen prestacional y pensiónal con raigambre constitucional, excepcionalmente generoso, a un tratamiento mucho más restrictivo y pauperizante que el del común de los servidores públicos, que no están sometidos al riesgo que implica el desempeño de la labor, ni al rigor, ni la disciplina, los horarios ni el sacrificio del uniformado, y quienes están percibiendo sus incrementos pensionales en función del aumento en el índice de Precios al Consumidor (IPC). ...".

el artículo 144 del decreto 1212 de 1990⁹ 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 reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización.

Esta distinción entre asignación de retiro y pensión impediría aplicar a las primeras la regla general de incremento contenida en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, pues la extensión de dicho beneficio cobijaría, bajo tal interpretación del artículo 1 de la ley 238 de 1995, exclusivamente a los “pensionados”. Para llegar a tal conclusión la Corte Constitucional utilizó la argumentación que hace constitucionalmente válido el establecimiento de regímenes especiales, en tanto globalmente contemplan de manera más favorable la situación de determinado sector de trabajadores en consideración a sus particulares características, aunque algunas de sus cláusulas aparezcan como expresión de un tratamiento menos favorable. No obstante esta distinción conceptual desaparece en la Sentencia C-432 del 6 de mayo de 2004¹⁰, donde se afirma con respecto a la asignación de retiro:

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 “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.

Y más adelante agregó:

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.

Esta asimilación entre los conceptos pensión y asignación de retiro fue reiterada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1143 de 2004.

A su vez, la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la regla general de incremento conforme al índice de Precios al Consumidor si puede ser aplicada a las asignaciones de retiro a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995, llegando a esta conclusión por vía de la solución de una contradicción normativa, en el marco de aplicación del principio de favorabilidad. A este respecto señaló el Consejo de Estado:

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

⁹ 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.

¹⁰ Con ponencia del Magistrado RODRIGO ESCOBAR GIL.

1992 porque quedaría de manera injusta el personal en actividad en inferioridad de condiciones al personal retirado.

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

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

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

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

Ahora bien, la Sala solo podría dejar de aplicar una ley ordinaria posterior, especial y **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 más favorable para el demandante que la ley 4ª de 1992 y el decreto 1212 de 1990, porque al hacer la comparación entre los reajustes pensionales derivados del aumento de las asignaciones en actividad de los oficiales de la Policía Nacional establecidos en los decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001 y 745 de 2002 y los que resultan de la aplicación del artículo 14 de la ley 100 de 1993, se evidencia que la aplicación de este sistema de reajuste resulta ser cuantitativamente superior.

En efecto, en el caso concreto la Sala pudo establecer que al actor le resulta más favorable el reajuste de la pensión, con base en el IPC (Ley 100 de 1993), como lo demuestra el siguiente cuadro comparativo, efectuado por el Contador de la Sección Cuarta de esta corporación, según lo dispuesto en auto proferido con fundamento en el artículo 169 del C.C.A.”¹¹

Otros pronunciamientos del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo admiten la aplicación de la regla general para incrementar la asignaciones de retiro, tales como las sentencias proferidas dentro de los radicados 0174-07, 2167-08, 2084-08, 1384-08, 1795-08, 1091-08, basándose en el pronunciamiento anterior y con los argumentos que se sintetizan de esta manera: **(i)** Cuando el

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de mayo 17 de 2007 proferida dentro del expediente 8484-05, C.P. JAIME MORENO GARCÍA.

artículo 1 de la Ley 238 de 1995 extiende la aplicación de incremento salarial conforme al I.P.C. a los pensionados de los sectores excluidos de la aplicación del régimen general, no sólo se refiere a los servidores de la Fuerza Pública que sean titulares de pensiones o sus beneficiarios, sino también a aquellos que hayan obtenido asignación de retiro, ya que la Corte Constitucional en sentencia C-432 de 2004 determinó que la asignación de retiro es una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez, atendiendo que fue establecida con la misma finalidad constitucional. (ii) El reajuste de pensiones y asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública debe hacerse conforme a la regla general del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, por disposición expresa del Legislador en la Ley 238 de 1995, cuando habla de los “pensionados” de los regímenes especiales.”¹² (iii) Debe aplicarse el principio de favorabilidad laboral contenido en el artículo 53 de la Carta Política para acoger la disposición que impida de mejor manera la desvalorización de las asignaciones de retiro. (iv) El artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 permite la aplicación de la Ley 238 de 1995, al señalar: (...) Los oficiales y suboficiales o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes pensionales en otros sectores de la administración pública, **a menos que así lo disponga expresamente la ley (...)**”

Como puede verse los anteriores argumentos se refieren a la favorabilidad como principio constitucional para la interpretación de las normas en materia laboral. En torno a este punto, en el ámbito de la aplicación de regímenes especiales cuando conduce a situaciones menos favorables con respecto al régimen general en lo que toca a derechos laborales mínimos, señaló la Corte Constitucional en sentencia C-461 del 12 de octubre de 1995 lo siguiente:

“...Como lo ha señalado esta Sala en casos similares al que se juzga en este proceso, las excepciones en la aplicación de las normas generales, por virtud de normas especiales que gobiernan el caso concreto, debe recurrirse sólo en tanto la norma especial resulte más favorable que el régimen general, pues de lo contrario ello implicaría que una prerrogativa conferida por una ley a un grupo de personas, se convierta en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados en la Ley para la generalidad. ...

Ya la Corte Constitucional, sobre el establecimiento de regímenes pensionales especiales se ha pronunciado señalando, así mismo, que no puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector.” (...)

El establecimiento de regímenes pensionales especiales, como aquellos señalados en el artículo 279 de la Ley 100, que garanticen 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....”

Y más adelante agregó:

“...No puede ser admisible que se excluya a un grupo de pensionados de un beneficio que se otorga a la generalidad del sector y que tiende al desarrollo de un derecho constitucional, por simples consideraciones subjetivas, que no encuentran asidero en los principios y valores constitucionales. Como en forma reiterada lo ha manifestado la Corte, el derecho a la igualdad se traduce en una garantía que impide a los poderes públicos tratar de manera

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B, C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE, sentencia del 12 de febrero de 2009, radicación 25000232500020070267-01 (2043-08)

distinta a quienes se encuentran en iguales condiciones. En consecuencia, la norma que estudia la Corte, configura una discriminación que atenta contra el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política. Así las cosas, en la parte resolutoria de esta sentencia se declarará que el aparte acusado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 es exequible, siempre y cuando se aplique en consonancia con los artículos 13, 48 y 53 de la Carta y se asegure a los maestros vinculados antes del 1° de enero de 1981 al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que no sean acreedores a la pensión de gracia, un beneficio sustantivo equivalente al pago de la mesada adicional contemplada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993....”

Al desarrollo del principio de favorabilidad a nivel legal obedece lo señalado en el artículo 288 de la precitada Ley 100 de 1993, que establece:

“Aplicación de las disposiciones contenidas en la presente Ley y en Leyes anteriores. Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente Ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta Ley. ...”

En consecuencia, de todo lo anterior puede concluirse: **(1)** La tensión entre las reglas de incremento del régimen general y el régimen especial podría referirse al enfrentamiento de las previsiones de la 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). Siguiendo la argumentación del Consejo de Estado, en tal evento solo es posible dejar de aplicar una ley ordinaria posterior, especial y más favorable, en lugar de una ley marco anterior y su reglamentación, 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, entonces es viable aplicar la regla general para el incremento de las asignaciones de retiro. **(2)** El principio de favorabilidad determina igualmente la solución de la aparente contradicción normativa, bajo el criterio hermenéutico general de la Constitución conforme al cual han de escoger siempre los operadores jurídicos aquella solución que más se avenga con el principio de eficacia de los derechos fundamentales, que en este caso serían la seguridad social y los derechos mínimos laborales. Entonces, las asignaciones de retiro si podrían incrementarse en sus montos atendiendo al mayor valor que resulte de la comparación entre los guarismos del sistema de oscilación y los del IPC, de conformidad con lo establecido en la Ley 238 de 1995. **(3)** Las excepciones en la aplicación del régimen general de seguridad social, para darle aplicación a un régimen especial, solo son constitucionalmente admisibles si este último resulta más favorable que el general. De lo contrario esta especialidad, creada como prerrogativa debido a las particulares características de los sujetos a quienes se dirige, se convertiría en un obstáculo para acceder a los derechos mínimos consagrados para la generalidad.

4. SOLUCIÓN DEL CASO

Revisada la foliatura se advierte que se encuentran probados los siguientes supuestos de hecho relevantes para la decisión a tomar:

Se encuentra demostrado dentro del expediente que al señor HIPOLITO MONTNEGRO CHIVATA le fue reconocida pensión por incapacidad absoluta y permanente mediante Resolución No. 8512 del 13 de diciembre de 1978 por parte del Director General de la Policía Nacional (fs. 35, 3, 125 y 126). Igualmente que el señor HIPOLITO MONTENEGRO CHIVATA, a través de apoderada, solicitó el 05 de diciembre de 2012 a la entidad demandada el reajuste de la asignación de retiro (debe entenderse más bien la pensión por incapacidad absoluta y permanente) a partir del año 1997, de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor y la revisión de los incrementos aplicados a su pensión desde

el año 1997 para incluir en la misma reajustes conforme al Índice de Precios al Consumidor (fs. 25 y 26), peticiones resueltas negativamente mediante el Oficio No. S – 2013 009994 DIPON / ARPRE – GRUPE 1.8.5.-22 del 15 de enero de 2013, emitido por el Jefe Grupo Pensionados de la Policía Nacional (fs. 28 y 28 A).

Con la demanda se presentó oficio donde se evidencien las variaciones de la pensión del actor durante los años 1997, 1999, 2002 y 2004 (fl. 33).

Aunque no se allegó a las diligencias el cuadro de variación de índice de precios al consumidor desde el año 1997 a la fecha de radicación de la demanda, el mismo se consigue consultando la página web del DANE.

Ahora bien, dando aplicación a la Ley 238 de 1995, los pensionados de las Fuerzas Militares y de Policía, tienen derecho a que se les reajuste su asignación de retiro o sus pensiones de invalidez conforme a la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, por ser más favorable este sistema de cuantificación de reajuste en relación con los incrementos anuales decretados por el gobierno para el personal activo de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

En consecuencia, es procedente el reajuste solicitado por el actor hasta el año 2004 por cuanto en ese año se estableció nuevamente el sistema de oscilación como una forma de incrementar las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad al Decreto 4433 del 2004. Así las cosas, cuando el incremento aplicado a las demás pensiones con base en el índice de precios al consumidor en que se haya tornado desfavorable el régimen especial para el actor durante los años 1999 a 2004, se desconocieron los beneficios mínimos que en virtud del derecho a la igualdad les correspondería para evitar la pérdida del poder adquisitivo de su sustitución de asignación de retiro, por lo tanto, el Despacho considera que el incremento con base en el principio de oscilación se debe aplicar sólo en el evento de no ser éste inferior al incremento que con base en el I.P.C. se ordene para las demás pensiones, de lo contrario el régimen especial no tiene razón de ser.

El restablecimiento del derecho comprenderá:

Los reajustes de la pensión por incapacidad absoluta y permanente con el I.P.C. La pensión por incapacidad absoluta y permanente del actor deberá reliquidarse desde el 01 de enero de 1999 (conforme lo solicitó la apoderada de la parte actora en el escrito de la demanda), siempre y cuando el incremento anual aplicado por la entidad demandada haya sido inferior al I.P.C. del año anterior, como lo verificará la entidad atendiendo a la información que obre en la página web del DANE.

El pago de las diferencias. La demandada deberá pagar al demandante las diferencias que resulten entre el reajuste reconocido con base en el principio de oscilación y lo que debe reconocerse de acuerdo a los índices de precios al consumidor. No obstante, como quiera que fue tan sólo el **05 de diciembre de 2012** cuando se solicitó el reajuste a la administración (fs. 25 y 26), las diferencias en los pagos solo pueden reconocerse a partir del **05 de diciembre de 2008**, en aplicación de la prescripción cuatrienal establecida en el artículo 155 del Decreto 1212 de 1990 que señala que los derechos prestacionales consagrados en favor de los miembros de la Policía Nacional prescriben en cuatro años, que se contarán desde la fecha en que se hagan exigibles y el reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. En consecuencia se accederá a la excepción propuesta por el apoderado de la Policía Nacional, con la salvedad que el actor tiene derecho al pago de las sumas de dinero desde el **05 de diciembre de 2008**.

Sobre el particular, es pertinente aclarar que no obstante el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004

establece un término de prescripción trienal, el Consejo de Estado – Sección Segunda, mediante sentencia de 4 de septiembre de 2008, con ponencia del Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren dentro del proceso No- 25000 23 25 000 2007 00107 (0628-08) determinó que el Presidente de la República al expedir el mencionado acto excedió los términos de la Ley 923 de 2004, por lo que el término de prescripción a aplicar es el establecido en el artículo 113 del Decreto 1213 de 1990 (Cuatrienal).

El ajuste al valor. Las sumas a reconocer y pagar serán actualizadas conforme a lo señalado en el artículo 187 del C.P.A.C.A. inciso final.

CONCLUSIÓN

Toda vez que se demostró que el Oficio No. S – 2013 009994 DIPON / ARPRE –GRUPE 1.8.5.-22 del 15 de enero de 2013, emitido por el Jefe Grupo Pensionados de la Policía Nacional está viciado de nulidad, es procedente sacarlo del ordenamiento jurídico, y por ende el mismo dejará de producir efectos, y como consecuencia de ello y a título de restablecimiento del derecho la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL deberá pagar al demandante las diferencias que resulten entre el reajuste reconocido con base en el principio de oscilación y lo que debe reconocerse de acuerdo a los índices de precios al consumidor, reajustes que se reconocen a partir del **05 de diciembre de 2008**, en aplicación de la prescripción cuatrienal establecida en el artículo 113 del Decreto 1213 de 1990.

DE LA CONDENA EN COSTAS

De conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del C.P.C.

En el presente caso se debe condenar en costas a la parte vencida, es decir, a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL** -, debido a que se accede parcialmente a las pretensiones de la demanda. Las costas serán liquidadas por Secretaría.

Igualmente se debe condenar a la demandada al pago de las agencias en derecho, las cuales se estiman en la suma de ochenta y seis mil trescientos setenta y cinco pesos (\$86.375) M/CTE.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO.- Se declara la excepción de prescripción parcial del reajuste de las mesadas pensionales anteriores al **05 de diciembre de 2008** del señor Hipólito Montenegro Chivata.

SEGUNDO.- Se declara la nulidad del Acto Administrativo contenido en el Oficio No. S-2013 009994 DIPON / ARPRE - GRUPE. 1.8.5.-22, de fecha 15 de Enero de 2013, emitido por el Capitán JULIAN ROBERTO JIMENEZ MEDINA, Jefe Grupo de Pensionados de la Policía Nacional, mediante el cual, la Policía Nacional le negó al señor Hipólito Montenegro Chivata, la reliquidación y reajuste de la pensión de invalidez, de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior se ordena a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL, realizar el reajuste de la pensión por incapacidad absoluta y permanente que percibe el demandante, desde el 01 de enero de 1999 hasta la fecha, reajuste que debe proceder con base en el índice de precios al consumidor – I.P.C. - para los años que le favorezca este indicador, pues lo que prescribe son las mesadas, no el derecho al reajuste de la pensión de invalidez.

CUARTO.- Se condena a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL, a pagar a favor del demandante, señor HIPOLITO MONTENEGRO CHIVATA, la diferencia que resulte entre lo aquí ordenado y lo pagado con fundamento en la resolución que le reconoció la pensión por incapacidad absoluta y permanente, liquidados desde el **05 de diciembre de 2008**, por prescripción cuatrienal y de conformidad con lo solicitado en la demanda.

QUINTO.- La suma que deberá cancelar la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL,, a favor del demandante, señor HIPOLITO MONTENEGRO CHIVATA, por concepto de los ajustes de la reliquidación y reajuste de la pensión por incapacidad absoluta y permanente (por la diferencia) a pagar, se actualizará de acuerdo con el artículo 187 del C.P.A.C.A. inciso final.

SEXTO.- Se condena en costas a la parte demandada de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A. Se liquidarán por Secretaría.

SÉPTIMO.- Se condena a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL, al pago de las agencias en derecho las cuales se fijan en la suma de OCHENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS (\$86.375) M/CTE.

OCTAVO.- Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

NOVENO.- Por secretaría se liquidaran los gastos del proceso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO

Juez /

*Consejo Superior
de la Judicatura*