



Función Pública

Sentencia 238 de 2009 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"

CONSEJERO PONENTE: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

BOGOTÁ, D.C., CUATRO (4) DE JUNIO DE DOS MIL NUEVE (2009).-

Rad. NO. 25000- 23- 25- 000- 2007- 00238-01

NO. INTERNO: 0335-08

AUTORIDADES NACIONALES

ACTOR: CARLOS ROBERTO CARRANZA RUIZ

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el proceso promovido por el señor CARLOS ROBERTO CARRANZA RUIZ contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

ANTECEDENTES

La parte actora, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó del Tribunal declarar la nulidad del oficio CREMIL No. 47324 de 23 de octubre de 2006, mediante el cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares negó la petición en la que solicitaba el cumplimiento de lo ordenado en la Ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, parágrafo 4º, en cuanto las excepciones que consagraba el citado artículo no implicaban negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de la Ley 100 para las pensiones de los sectores que ella contemplaba.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordene la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro en las sumas y para los años que a continuación se relacionan:

Para el año 1995: \$ 885.812,78

Para el año 1996: \$ 5.653.926,40

Para el año 1997: \$ 6.922.895,89

Para el año 1998: \$16.723.548,54

Para el año 1999: \$7.553.196,97

Para el año 2000: \$ 4.590.614,02

Para el año 2001: \$ 4.533.791,31

Para el año 2002: \$ 4.156.072,80

Para el año 2003: \$ 3.982.454,82

Para el año 2004: \$ 3.847.794, 97

Para el año 2005: \$ 2.615.473, 09

Y del año 2006 en adelante, teniendo en cuenta la diferencia que resulte probada entre el reajuste aplicado y el del IPC del año inmediatamente anterior, en razón a que a la fecha de la presentación de la presente demanda, aún no se habían publicado los decretos del Gobierno Nacional fijando los sueldos básicos para el personal de Oficiales de las Fuerzas Militares.

Así mismo pide que 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; que se reconozcan los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes precitados en párrafos anteriores y que se dé cumplimiento de la sentencia en la forma y términos señalados en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Los hechos en los cuales fundamenta sus pretensiones, se pueden resumir de la siguiente manera:

Mediante la Resolución N° 1420 de diciembre de 1986, previo el cumplimiento de las exigencias de ley, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció asignación de retiro al señor Carlos Alberto Carranza Ruiz, la cual viene siendo reajustada anualmente mediante la aplicación del principio de oscilación contemplado en el artículo 169 del decreto 1211 de 1990.

Que este sistema de incremento pensional ha demostrado en la práctica que la mayoría de las veces ha sido en porcentajes inferiores a la inflación, lo cual causa un grave perjuicio a los militares retirados del servicio, por lo que al no haber sido reajustada la asignación de retiro para los años en los cuales lo solicita en la demanda de conformidad con el IPC, se estaría desconociendo lo preceptuado en el artículo 1° de la Ley 238 de 1995, así como también el artículo 14 y el parágrafo 4° del artículo 279 de la ley 100 de 1993.

Que es imposible jurídicamente imponer una limitación al reajuste de la asignación de retiro por ser obligación del gobierno nacional suministrar los recursos necesarios destinados a este tipo de prestaciones para que mantengan su poder adquisitivo. Para sustentar lo anterior, cita Jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Como normas transgredidas citó los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 23, 29, 48, 53, 90 y 216 de la Constitución Política; 6, 31, 35, 47, 48, del Código Contencioso Administrativo y la Ley 238 de 1995. El concepto de violación lo desarrolló a folios 28 a 47 del expediente.

En la oportunidad procesal correspondiente, la entidad demandada contestó la demanda y propuso las excepciones que denominó *"legalidad de las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares"*, *"No configuración de falsa motivación"*, *"No configuración de falta de aplicación y de violación directa de la ley por interpretación errónea por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares"*, *"Inexistencia de violación a la protección al adulto mayor"*, *"inepta demanda por indebida individualización del acto"*, *"Indebido agotamiento de la vía gubernativa y prescripción del derecho"* (fls. 57 - 67)

Manifestó 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.

Señaló que habiendo una regulación especial en la materia para los miembros de las fuerzas militares, no hay porqué recurrir a normas de carácter general, máxime si se tiene en cuenta que dicho personal se encuentra excluido del sistema general de pensiones por disposición expresa y que es la misma Constitución Política la que les otorga a los miembros de la fuerza pública un régimen especial, es decir, que mal puede pretender el demandante que se le apliquen las normas prestacionales más favorables del régimen especial y al mismo tiempo las más favorables del régimen general.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca accedió a las pretensiones de la demanda, para lo cual declaró la nulidad del acto administrativo que denegó el reajuste de la asignación de retiro con el IPC al demandante.

En primer lugar y en relación con las excepciones propuestas, declaró no probadas las de indebida individualización del acto e indebido agotamiento de la vía gubernativa. Frente a las demás decidió que, por ser argumentos de su defensa, serían decididos al resolver la litis. En cuanto a la primera consideró que el oficio demandado es un verdadero acto administrativo en tanto contiene una respuesta negativa a la petición presentada por un particular respecto de un preciso tema. En relación con la segunda dijo que la petición que elevó el actor en sede gubernativa difiere de la que se hizo en la demanda respecto del año 2006, frente a lo cual se pronunciaría una vez compruebe si el demandante tenía o no derecho al reajuste solicitado.

En segundo término, y en lo que respecta al fondo del asunto, consideró que de conformidad con la sentencia C- 432 de 2004 de la Corte Constitucional y diversos pronunciamientos del Consejo de Estado, la aplicación del incremento anual de las asignaciones de retiro con base en el IPC ordenado por la ley 100 de 1993, se da cuando éste resulte más favorable que el Decreto 1211 de 1990, y se reconoce desde la vigencia de la ley 238 de 1995, sin perjuicio de la prescripción de la reliquidación de las mesadas correspondientes.

Indicó que mal pueden mezclarse los dos mecanismos de incremento de las mesadas en las asignaciones de retiro, para hacer uso de ambos porque se otorgaría una ventaja no prevista en la Carta ni en la ley, de manera, que al aceptar el incremento de las mesadas de la asignación de retiro, sólo deberá serlo en el monto que falte para igualar al incremento decretado anualmente para las pensiones ordinarias según el IPC, en aplicación del artículo 14 de la ley 100 de 1993.

Señaló que en el presente caso hay lugar a decretar la prescripción cuatrienal de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 15 de

agosto del 2002, esto es, fuera de los cuatro años anteriores a la petición de reliquidación en vía gubernativa.

EL RECURSO

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, solicitó que se revoque la providencia proferida por él *a quo* para que en su lugar se denieguen las pretensiones de la demanda.

Reiteró los planteamientos de la contestación de la demanda y manifestó que las actuaciones efectuadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se han regido por los lineamientos propios las normas vigentes que gobiernan el sistema prestacional de los miembros de las Fuerzas Militares, particularmente por los Decretos expedidos anualmente por el Gobierno Nacional en virtud del principio de oscilación, los cuales no han sido declarados nulos ni retirados del ordenamiento jurídico colombiano; por consiguiente esta Entidad Administrativa no está facultada para desconocer la legalidad de dichas normas y además, aplicar métodos de reajuste a las asignaciones de retiro diferentes a los establecidos por las autoridades competentes, porque se estaría aplicando un sistema prestacional distinto al establecido en el régimen especial de la Fuerza Pública.

Concluyó que mal puede pretender el actor que se le apliquen las normas prestacionales más favorables del régimen especial, y al mismo tiempo las más favorables del régimen general, por cuanto se presentaría una desigualdad laboral, ya que quedarían en desventaja los demás trabajadores públicos y privados que no disfrutaban de los beneficios señalados para los miembros de la fuerza pública, así como los militares que se encuentran en servicio activo, quienes devengarían una erogación inferior con respecto a los retirados.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

En el presente caso se trata de dilucidar si el demandante puede ser objeto del reajuste de la asignación de retiro con base en la Ley 238 de 1995 que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, esto es, con base en el índice de precios al consumidor del año inmediatamente anterior, certificado por el DANE.

Para ello, la Sala considera necesario realizar las siguientes precisiones:

El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó, entre otros, a los ex servidores de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional del reajuste de sus pensiones como lo disponía el artículo 14 *ibidem*, esto es, teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, y en consecuencia, el reajuste pensional debía hacerse como lo disponía el Decreto 1211 del 8 de junio de 1990, es decir mediante la oscilación de las asignaciones del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares

No obstante, la Ley 238 de 1995, adicionó el artículo 279 de la ley 100 de 1993 de la siguiente manera:

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

De conformidad con lo anterior, a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995, los pensionados excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993 tendrían derecho al reajuste de sus pensiones con base en la variación porcentual del índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, en la forma dispuesta por el artículo 14 y a la mesada 14 según el artículo 142 *ibidem*.

Sin embargo, la entidad demandada no aplicó la Ley 238 de 1995 por considerar que contrariaba el principio plasmado en el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992 sobre nivelación de la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública, el cual constituye “la esencia del régimen pensional especial” aplicable a sus integrantes. Así mismo, el artículo 10º *ibidem*, contempla que todo régimen salarial o prestacional establecido en contravía de las disposiciones allí plasmadas o en los decretos que las desarrollen, carecerán de todo efecto y no crearán derechos adquiridos.

Por ello es que CASUR sostiene en el acto acusado que no puede hacer aumentos superiores a los estipulados, pues desbordaría los límites señalados por el legislador.

Y es que en relación con el tema objeto de la controversia, esta Corporación ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse tal y como lo hizo a través de la sentencia de 17 de mayo de 2007, proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda, Magistrado Ponente Dr. Jaime Moreno García, en el expediente 8464-05, Actor: José Jaime Tirado, en donde se dijo:

“... ”

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 podrá “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.

...

Lo anterior determina, además, que frente a los alegatos del acto acusado que enfrenta el sistema de reajustes de la oscilación de las asignaciones en actividad, que según la Caja demandada deben prevalecer sobre el del artículo 14 de la ley 100, el artículo 53 de la Constitución Política ordena darle preferencia a la norma más favorable, en la hipótesis de que llegare a haber duda en su aplicación, que para la Sala no la hay, por lo dicho anteriormente.

5. Atrás se reprodujo el acto acusado, entre cuyos argumentos para denegar el reajuste no está aquel según el cual la asignación de retiro no es una pensión, porque esta tesis fue la razón principal que tuvo el Tribunal para igualmente denegar lo pretendido.

Al punto la Sala tiene en cuenta que desde la Constitución Política de 1886 a los reconocimientos periódicos que les hace el estado a los retirados de la fuerzas militares se les denominó genéricamente PENSIONES (art. 169) y que en la actual sucedió otro tanto (art. 220), habiéndose ampliado a los miembros de la fuerza pública (militares y policías).

Pero, hasta ahora fue la Corte Constitucional la que llegó en principio a concluir que las asignaciones de retiro no son pensiones (sentencia C-941 del 15 de octubre de 2003), criterio este que posteriormente fue rectificado mediante la sentencia C-432 de 2004 para reconocer que se asimilaba la asignación de retiro a las pensiones de vejez o de jubilación.

Porque, estima la Sala que las asignaciones de retiro, obviamente son una especie de pensión, como también lo son las pensiones de invalidez y las pensiones de sobrevivientes del personal de la fuerza pública, de donde resulta irrelevante el argumento esgrimido por el Tribunal frente a los mandatos del artículo 220 de la Constitución Política, máxime que no pueden ser compatibles con las pensiones de invalidez ni de sobrevivientes militares o policiales y no son reajustables por servicios prestados a entidades de derecho público, pero el interesado puede optar por la más favorable, como expresamente lo establece el inciso 2º del artículo 36 del decreto 4433 de 2004.

6. La acción, pues, debe prosperar, con prescripción de los derechos causados con anterioridad al 25 de junio de 1999, por prescripción cuatrienal (f.10) según los mandatos del artículo 155 del decreto 1212 de 1990... “(negrillas en el original)”

De lo anteriormente transcrito, es claro para la Sala que es más favorable para el actor el reajuste de su asignación con fundamento en el Índice de Precios al Consumidor como lo establece la Ley 100 de 1993, por lo que así habrá de decidirse.

Los anteriores razonamientos imponen confirmar la sentencia del Tribunal que accedió a las súplicas de la demanda instaurada por el señor CARLOS ROBERTO CARRANZA RUIZ contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2007, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda- Subsección “A”-, dentro del proceso promovido por Carlos Roberto Carranza Ruiz

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LA ANTERIOR PROVIDENCIA FUE ESTUDIADA Y APROBADA POR LA SALA EN SESIÓN DE LA FECHA.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCON

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

EXPEDIENTE NO. 0335-08 ACTOR: CARLOS ROBERTO CARRANZA RUIZ

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 13:49:50