

SUSTITUCION PENSIONAL – Finalidad / SUSTITUCION PENSIONAL – Diferencia entre el régimen especial del Decreto 1212 de 1990 y el de la Ley 100 de 1993 / SUSTITUCION PENSIONAL – Derecho de los hermanos del causante. Ley 100 de 1993 / SUSTITUCION PENSIONAL – Derecho de los hermanos del causante. Decreto 1212 de 1990

Es un derecho que permite a una o varias personas entrar a gozar de los beneficios de una prestación económica antes percibida por otra. La sustitución pensional tiene como finalidad evitar que las personas allegadas y dependientes del trabajador queden, por el hecho de su fallecimiento, en el desamparo. Principios de justicia retributiva y equidad justifican que las personas que constituían la familia del causante tengan derecho a la prestación pensional para mitigar el riesgo de orfandad. De acuerdo con los artículos 172 y 173 del Decreto 1212 de 1990, por el cual se reforma el Estatuto de Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, los hermanos del Oficial o Suboficial tienen derecho a la sustitución pensional cuando no concurren cónyuge sobreviviente, hijos o padres, siempre y cuando pruebe que el difunto era su único sostén y no superen los 18 años de edad. Si bien es cierto que el artículo 279 de la citada Ley 100 excluyó en forma expresa de su aplicación a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, por contar con un régimen especial de pensiones la Sala entrará a estudiar la diferencia que existe entre el régimen especial consagrado por el Decreto 1212 de 1990 y el régimen general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 respecto de la sustitución pensional. De la comparación de las normas anteriores se observa que existe una variante respecto de los beneficiarios de la sustitución pensional pues el general incluyó, en el orden que les corresponda, a los hermanos inválidos que dependían económicamente del causante como beneficiarios de la prestación, mientras que el especial sólo tiene como beneficiarios a los hermanos menores de 18 años que prueben dependencia económica. La diferencia que resulta de la comparación de los regímenes no se refiere a los órdenes preferenciales de los beneficiarios de la sustitución pensional sino a los requisitos que debe demostrar cada uno de ellos para acceder a la prestación pues si bien en los dos regímenes se incluye dentro del orden de preferencia a los hermanos que dependan económicamente del causante, el especial cobija sólo a los menores de 18 años mientras que el general se refiere a los inválidos.

DERECHO A LA IGUALDAD – Trato diferenciado entre regímenes pensionales / SUSTITUCION PENSIONAL – Trato diferenciado entre el régimen de la Ley 100 de 1993 y el del Decreto 1212 de 1990 / SUSTITUCION PENSIONAL – Hermano inválido como beneficiario / SUSTITUCION PENSIONAL – Inaplicación de régimen especial por ser más favorable el régimen general / ASIGNACION DE RETIRO – Sustitución a hermana inválida / SUSTITUCION DE LA ASIGNACION DE RETIRO – Reconocimiento a hermana inválida

Respecto del trato diferenciado existente entre regímenes pensionales relacionado con el derecho a la igualdad la Corte Constitucional ha manifestado: 'Así las cosas, es posible concluir que existe una discriminación (i) si la prestación es separable y (ü) 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." (Sentencia C-956 de 2001 M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett). En este caso la diferencia existente entre el régimen general y el especial respecto de la sustitución pensional no es compensado con otros beneficios o dádivas que otorga el especial pues si bien los dos incluyen dentro del orden preferencial a los hermanos, el general incluye a los inválidos, sin consideración a su edad, como beneficiarios de la sustitución pensional. La señora Paula Vargas Niño solicitó la aplicación de la Ley 100 de 1993 respecto de los beneficiarios de la sustitución pensional, no obstante la existencia del régimen especial consagrado por el Decreto 1212 de 1990, toda vez que el régimen general sí contempla a los hermanos inválidos como beneficiarios de la sustitución pensional. La dificultad para acceder a la petición de la actora estriba en que en ambos regímenes la condición para incluir a los hermanos como beneficiarios de la prestación es la ausencia de personas con mejor derecho y en el caso de autos hubo un hijo cuya solicitud no pudo ser acogida por no reunir las condiciones de ley. A pesar de lo dicho, dada la situación familiar especial existente se accederá a la prestación porque mientras la actora probó que dependía económicamente de su hermano fallecido, que presenta una pérdida de la capacidad laboral del 63.68%, estructurada desde el 18 de octubre de 1995, que carece de medios de subsistencia y que vivió con su hermano hasta la muerte de éste, el hijo, además de que supera la edad requerida para tener derecho a la pensión, no convivió con su padre y se desentendió de él a punto tal que sólo se enteró de su muerte cerca de tres años después de ocurrida. Se inaplicará para este efecto, dada la especificidad del caso, la restricción existente en el Decreto 1212 de 1990, sin tener en consideración que la actora supera con creces los 18 años, y se acogerá lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, con base no sólo en que el régimen especial no contempla un beneficio que compense la desmejora sino porque la propia razón de ser de los regímenes especiales es favorecer a sus beneficiarios y, en este caso, contrariamente, se los estaría perjudicando al restringirles los derechos que se conceden a los pensionados de manera general. Teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el 14 de agosto de 2000 el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro se hará a partir del 14 de agosto de 1997, por prescripción trienal.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejero ponente: JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil seis (2006).-

Radicación número: 27001-23-31-000-2001-01330-01(0427-04)

Actor: PAULA VARGAS NIÑO

Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL

AUTORIDADES NACIONALES.-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia del 4 de septiembre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, que negó las súplicas de la demanda incoada por PAULA VARGAS NIÑO contra la Nación, Ministerio de Defensa, Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad de las Resoluciones Nos. 6739 de 9 de diciembre de 1999, proferida por el Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante la cual se le negó a la actora la sustitución de asignación mensual de retiro que gozaba su hermano Jaime Hernando Vargas Niño, y 1014 de 15 de marzo de 2000, que resolvió en forma negativa el recurso de reposición interpuesto contra la decisión anterior.

Como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad demandada a reconocerle y pagarle la sustitución de la asignación mensual de retiro y demás prestaciones que venía gozando su hermano Jaime Hernando Vargas Niño, actualizando las sumas adeudadas teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor entre la fecha del deceso, 23 de noviembre de 1996, y aquella en que quede ejecutoriada la sentencia, dando cumplimiento a la misma en los términos del artículo 176 del C.C.A.

Para fundamentar sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, mediante Resolución No. 2582 de 22 de julio de 1977, aprobada por la Resolución No. 04287 de 5 de agosto de 1977 del Ministerio de Defensa Nacional, reconoció al Cabo Segundo ® Jaime Hernando Vargas Niño una asignación mensual de retiro.

El señor Jaime Hernando Vargas Niño murió el 23 de diciembre de 1996, sin dejar descendencia, soltero y sin unión marital de hecho.

Los padres del señor Vargas Niño, Pablo Antonio Vargas Vargas y Clementina Niño murieron el 26 de abril de 1957 y el 24 de noviembre de 1973, respectivamente.

La actora vivió con su hermano, Jaime Hernando Vargas, hasta el momento de la muerte de éste, se dedicaba a su cuidado y dependía económicamente de él.

Debido a su avanzada edad y a la pérdida de la capacidad laboral la demandante solicitó a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional la sustitución de la asignación de retiro reconocida a favor de su hermano.

Mediante la Resolución No. 6739 de 9 de diciembre de 1999 la entidad demandada le negó la solicitud con el argumento de que los hermanos del personal de Suboficiales de la Policía Nacional, que fallecen en goce de asignación mensual de retiro, tienen derecho al reconocimiento de la sustitución pensional en el evento de que el causante no hubiese dejado descendencia. El señor Jaime Hernando Vargas tenía un hijo, Jesús Donart Vargas Mosquera, al que le negaron el derecho a la sustitución por contar con más de 24 años de edad.

Contra la decisión anterior interpuso recurso de reposición, que fue desatado por medio de la Resolución No. 1014 de 15 de marzo de 2000, que confirmó el acto recurrido porque si bien se pasó al siguiente orden, el de los hermanos, dado que el hijo del causante no cumplía los requisitos establecidos por la ley pues contaba con más de 24 años, la hermana tampoco cumplía los presupuestos legales de que trata el artículo 173 del Decreto 1212 de 1990 para el reconocimiento de la sustitución de la asignación.

NORMAS VIOLADAS

Como disposiciones violadas se citan las siguientes:

Constitución Política, artículo 13; Ley 100 de 1993, artículo 47, y Decreto 1212 de 1990, artículo 173.

En el concepto de violación la demandante plantea la excepción de inconstitucionalidad de la expresión “que sean menores de 18 años”, contenida en el artículo 173, literal d, inciso 5 del Decreto 1212 de 1990, con el argumento de

que se viola el derecho a la igualdad al impedirle a los hermanos incapaces mayores de 18 años la posibilidad de que sean sustitutos de la asignación básica de retiro que venía disfrutando su hermano porque con ello se les está dando un trato discriminatorio.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo del Chocó negó las súplicas de la demanda (fls. 118 a 126). Respecto de la apreciación de inconstitucionalidad de la expresión “Que sean menores de 18 años” contenida en el artículo 173, literal d), inciso 5, del Decreto 1212 de 1990, propuesta por la actora, expresó que no es la entidad competente para resolverla pues tal función esta asignada a la Corte Constitucional.

El artículo 173, literal d), inciso 5, del Decreto 1212 de 1990 consagra las causales de la sustitución de la asignación de retiro para el evento de que el pensionado no llegare a tener personas llamadas en el orden preferencial, siempre que demuestre que el extinto era el único sostén del hermano y que éste sea menor de 18 años. Dichas causales no fueron demostradas por la actora en el curso del proceso.

Concluyó:

“Si bien, es discutible la constitucionalidad de la norma legal que establece el segundo de los requisitos, tampoco se solicitó por parte de la demandante la inaplicación de ese preciso mandato legal, el cual no está en capacidad de desconocer oficiosamente la Sala dentro de una acción de nulidad y restablecimiento de carácter laboral ante una jurisdicción de naturaleza rogada como la Contencioso Administrativa. Al encontrarnos de bulto ante tan precisa norma como lo es el artículo 173 Literal D, inciso 5º del Decreto 1212 de 1990 se le debe dar aplicación integral a la norma ya que la misma no admite ningún otro tipo de interpretación, en su claro sentido de restringir de manera precisa la posibilidad de sustitución pensional.”.

EL RECURSO

La demandante interpuso recurso de apelación (fls.137 a 149). Manifestó su inconformidad diciendo que en la demanda no se solicitó la declaratoria de inexequibilidad del aparte del artículo 173 del Decreto 1212 de 1990 sino que no fuera aplicado al caso concreto por ser violatorio del artículo 13 de la Constitución Política, en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad que sólo tiene efectos frente al caso concreto y no erga omnes como la sentencia de inexequibilidad.

El juzgador de primera instancia se equivocó al señalar que estaría invadiendo la competencia de la Corte Constitucional con una declaración que disponga erga omnes sobre su aplicación y confundió la acción pública de inexequibilidad, consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, con la excepción de inconstitucionalidad, consagrada en el artículo 4 de la misma, ya que aquella pueda ser ejercida por cualquier ciudadano para que, por vía general, se decida si la norma demandada es inconstitucional o no, mientras que la excepción de inconstitucionalidad simplemente autoriza inaplicar la norma y sólo tiene efectos en relación con el caso concreto.

Aceptar que el régimen especial sólo se debe aplicar a los hermanos de los integrantes de la Policía Nacional que no superen los 18 años sería admitir un trato desigual e injusto para los hermanos inválidos mayores de 18 años que sí están cobijados por el régimen general.

La entidad debió aplicar el régimen general contemplado en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que sí establece como destinatarios de la pensión de sobrevivientes a los hermanos inválidos del causante siempre que hubieran dependido económicamente de él.

El hecho de que el régimen especial contenido en el artículo 173, literal d), inciso 5, del Decreto 1212 de 1990 no consagre como beneficiarios de la sustitución pensional a los hermanos inválidos mayores de 18 años no constituye motivo suficiente para excluirlos pues existe un régimen general que sí lo permite.

El a quo afirma que los testimonios y pruebas allegados al proceso no demuestran la dependencia económica de la actora, olvidando por completo que manifestaron que ella convivía con su hermano y dependía económicamente de él,

amén de que se trata de una señora soltera, sin hijos, sin ascendientes, mayor de edad y con serios problemas de salud.

Sobre la invalidez se aportó al expediente el dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez de la Regional Bogotá, que certifica la pérdida de la capacidad laboral de la actora en un 63.86%, lo que arroja una invalidez total.

CONCEPTO FISCAL

El Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado, en el concepto visible de folios 163 a 169, solicitó confirmar la sentencia apelada que negó las súplicas de la demanda porque la actora en el estricto orden de preferencia, estaría excluida por el hijo de su hermano muerto ya que el artículo 173 del Decreto 1212 de 1990 es claro al consagrar que los hermanos sólo serían beneficiarios de las asignaciones de retiro de los Oficiales o Suboficiales de la Policía, si no existen otros beneficiarios con mejor derecho. En este caso, si bien el hijo del causante no pudo beneficiarse del reconocimiento por ser mayor de 24 años, no encontrarse en estado de invalidez y no depender económicamente de su padre, ello no permite que la actora pueda obtener el beneficio pues fue excluida del orden de preferencia.

El legislador goza de una facultad constitucional para, con cierta autonomía y libertad, establecer qué personas y bajo qué condiciones se pueden beneficiar con la sustitución de las asignaciones de retiro de los miembros de la Policía Nacional, por ello puede limitar los órdenes de preferencia, establecer edad y definir otros requisitos para beneficiarse de tales asignaciones, máxime cuando estos servidores fueron excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993, artículo 279.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado procede la Sala a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Problema jurídico

El conflicto que debe resolver la Sala consiste en determinar si la señora Paula Vargas, en calidad de hermana del Cabo ® Jaime Hernando Vargas, tiene derecho a la sustitución de la asignación de retiro por la muerte de éste.

La entidad demandada aduce que a la libelista no le asiste el derecho porque no cumple los requisitos establecidos en el artículo 172 del Decreto 1212 de 1990.

Los Actos Acusados

1. Resolución No. 6739 de 9 de diciembre de 1999 (fl.13), proferida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, que le negó a la actora el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro en calidad de hermana del causante.

La entidad demandada sostuvo que la actora no tenía derecho a la sustitución pensional porque el causante había dejado descendencia. Al hijo también le negó el derecho porque no reunía los requisitos exigidos por el artículo 172 del Decreto 1212 de 1999 ya que contaba con más de 24 años de edad a la fecha del deceso de su padre.

2. Resolución No. 1014 de 13 de marzo de 2000, (fl.15) que al desatar el recurso reposición confirmó el acto impugnado. Expresó que al momento del fallecimiento del Cabo Segundo Vargas Niño, la señorita Paula no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 173 del Decreto 1212 de 1990.

En lo que tiene que ver con el orden preferencial:

“Le asiste razón a la memorialista, cuando manifiesta que cuando el causante deja hijos pero que no se encuentran legitimados para acceder al derecho de sustitución de asignación, por superar la edad exigida en la norma (24 años), no impide que el siguiente orden sea considerado (hermanos) para sustituir; sin embargo una vez hecho este análisis, entramos a evaluar el cumplimiento de los requisitos de Ley, para la sustitución del beneficio que sigue en el orden (sic)

establecido en la norma; lo cual para el caso presente no se cumplen los presupuestos, según lo expuesto.”.

La Asignación de Retiro

Mediante Resolución No. 2582 de 22 de junio de 1977 (fl.106) la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional reconoció a favor del Cabo Segundo ® de la Policía Nacional Jaime Hernando Vargas una asignación de retiro equivalente al 95% de las partidas legalmente computables para el grado, efectiva a partir del 4 de junio de 1977.

Se probó con el registro civil de defunción (fl.46) que el señor Vargas Niño falleció el 23 de diciembre de 1996, razón por la cual su hermana Paula Vargas solicitó la sustitución de la asignación de retiro.

La sustitución pensional

Es un derecho que permite a una o varias personas entrar a gozar de los beneficios de una prestación económica antes percibida por otra. La sustitución pensional tiene como finalidad evitar que las personas allegadas y dependientes del trabajador queden, por el hecho de su fallecimiento, en el desamparo. Principios de justicia retributiva y equidad justifican que las personas que constituían la familia del causante tengan derecho a la prestación pensional para mitigar el riesgo de orfandad.

Lo Probado en el Proceso

Con el registro civil de nacimiento de Paula Vargas Niño (fl.45) quedó acreditado que nació el 9 de febrero de 1939 y es hermana de Jaime Hernando Vargas (fl. 43).

Con el registro civil de defunción quedó acreditada la muerte del señor Jaime Hernando Vargas Niño el 23 de diciembre de 1996 (fl. 46).

Igualmente con los registros civiles de defunción (fls. 41 a 47) quedó acreditado el fallecimiento de los padres del causante, señores Pablo Antonio Vargas y Clementina Niño de Vargas.

El señor Jesús Donart Vargas Mosquera, hijo del causante, el 26 de agosto de 1999 ofició al Director de la Caja de Pensionados de la Policía Nacional para pedir información sobre el agente Jairo Hernando Vargas Niño jubilado en el año 1977 ya que sólo tuvo contacto con él durante el año siguiente, a su jubilación. Indicó que a la fecha tiene 39 años cumplidos y es padre de 4 niños (fl. 125).

Anexó copia de su partida de bautismo (fl. 128).

El Subdirector de Prestaciones Sociales de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (f 1.141) dio respuesta al anterior escrito informándole al señor Jesús Donart Vargas que el Cabo Segundo Jaime Vargas Niño, quien se encontraba gozando de asignación de retiro, falleció el 23 de diciembre de 1996.

Con las anteriores documentales quedó probado que el señor Jesús Donart Vargas Mosquera es hijo del causante, cuenta con más de 18 años de edad, no reúne los requisitos para ser beneficiario de la sustitución pensional y desde 1978 desconocía la suerte de su progenitor, a punto tal que sólo se enteró de su muerte cerca de tres años después de producida.

Sobre la situación fáctica de la demandante aparece probado:

El 6 de marzo de 2003 la Junta Regional de calificación de invalidez expidió el dictamen de calificación de la pérdida de la capacidad laboral de la señorita Paula Vargas Niño (fl. 102) aduciendo que tiene 63 años, es soltera y sin actividad económica. El diagnóstico motivo de la evaluación fue cardiopatía hipertensiva, diabetes mellitus tipo II, dislipedemia mixta de difícil control. La pérdida de la

capacidad asignada fue de 63.68%, estructurándose la invalidez el 18 de octubre de 1995.

Para probar la dependencia económica de Paula Vargas Niño respecto de su hermano fallecido se recibieron los testimonios de Bertha María Barrera y Luis Gabriel Cristancho Saavedra (fls. 98 y 99), quienes expresaron que conocían a la actora y a su hermano desde hace mucho tiempo porque fueron vecinos e incluso compañeros de escuela, ella se dedicó únicamente a servirle al hermano, no tenía ninguna ocupación, cuando él trabajaba iba a visitarla en vacaciones y una vez se pensionó se fue a vivir con ella a Floresta hasta el momento de su muerte. Ella no es casada, no ha vivido en unión marital con nadie y no tiene hijos. Ahora no tiene dónde vivir y se encuentra muy enferma.

Normatividad aplicable

El Decreto 1212 de 1990, por el cual se reforma el Estatuto de Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional dispone en su artículo 172:

“MUERTE EN GOCE DE ASIGNACION DE RETIRO O PENSION. A la muerte de un Oficial o Suboficial de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios en el orden y proporción establecidos en este Estatuto tendrán derecho a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público o por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional equivalente en todo caso a la totalidad de la prestación que venía gozando el causante.

Así mismo, el cónyuge, los hijos hasta la edad de veintiún (21) o veinticuatro (24) años si fueren estudiantes y los inválidos absolutos cualquiera sea su edad, tendrán derecho a que el Gobierno les suministre asistencia médica, quirúrgica, odontológica, servicios hospitalarios y farmacéuticos, mientras disfruten de pensión decretada con base en los servicios del fallecido.

PARAGRAFO. El Gobierno establecerá tarifas para la prestación de los servicios asistenciales a los beneficiarios de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, fallecidos en goce de asignación de retiro o pensión.”.

A su vez el artículo 173 ibidem señala el orden de beneficiarios, con el siguiente tenor literal:

ORDEN DE BENEFICIARIOS. Las prestaciones sociales por causa de muerte de un Oficial o Suboficial de la Policía Nacional en servicio

activo o en goce de asignación de retiro o pensión se pagarán según el siguiente orden preferencial:

a. La mitad al cónyuge sobreviviente y la otra mitad a los hijos del causante, en concurrencia estos últimos en las proporciones de ley.

b. Si no hubiere cónyuge sobreviviente, las prestaciones corresponden íntegramente a los hijos en las proporciones de ley.

c. Si no hubiere hijos la prestación se divide así:

- Cincuenta por ciento (50%) para el cónyuge.

- Cincuenta por ciento (50%) para los padres en partes iguales.

d. Si no hubiere cónyuge sobreviviente, ni hijos, la prestación se dividirá entre los padres así:

- Si el causante es hijo legítimo llevan toda la prestación los padres.

- Si el causante es hijo adoptivo la totalidad de la prestación corresponde a los padres adoptantes en igual proporción.

- Si el causante es hijo extramatrimonial, la prestación se divide en partes iguales entre los padres.

- Si el causante es hijo extramatrimonial con adopción plena, la totalidad de la prestación corresponde a sus padres adoptivos en igual proporción.

- Si no ocurriere ninguna de las personas indicadas en este artículo, llamadas en el orden preferencial en el establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén, a los hermanos del Oficial o Suboficial que sean menores de dieciocho (18) años.

- Los hermanos carnales recibirán doble porción de los que sean simplemente maternos o paternos.

- A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptivos, hermanos y cónyuge, la prestación corresponderá a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

De acuerdo con la normatividad en cita los hermanos del Oficial o Suboficial tienen derecho a la sustitución pensional cuando no concurren cónyuge sobreviviente, hijos o padres, siempre y cuando pruebe que el difunto era su único sostén y no superen los 18 años de edad.

Si bien es cierto que el artículo 279 de la citada Ley 100 excluyó en forma expresa de su aplicación a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, por contar con un régimen especial de pensiones la Sala entrará a

estudiar la diferencia que existe entre el régimen especial consagrado por el Decreto 1212 de 1990 y el régimen general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 respecto de la sustitución pensional.

La sustitución pensional en el Régimen General de Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 y el Especial del Decreto 1212 de 1990

El literal e) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, establece:

"ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.

PARÁGRAFO. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil."

El Literal d) del artículo 173 del Decreto 1212 de 1990, consagra:

ORDEN DE BENEFICIARIOS. Las prestaciones sociales por causa de muerte de un Oficial o Suboficial de la Policía Nacional en servicio activo o en goce de asignación de retiro o pensión se pagarán según el siguiente orden preferencial:

d. Si no hubiere cónyuge sobreviviente, ni hijos, la prestación se dividirá entre los padres así:

- Si no ocurriere ninguna de las personas indicadas en este artículo, llamadas en el orden preferencial en el establecido, la prestación se paga, previa comprobación de que el extinto era su único sostén, a los hermanos del Oficial o Suboficial que sean menores de dieciocho (18) años.

De la comparación de las normas anteriores se observa que existe una variante respecto de los beneficiarios de la sustitución pensional pues el general incluyó, en el orden que les corresponda, a los hermanos inválidos que dependían económicamente del causante como beneficiarios de la prestación, mientras que el

especial sólo tiene como beneficiarios a los hermanos menores de 18 años que prueben dependencia económica.

La diferencia que resulta de la comparación de los regímenes no se refiere a los órdenes preferenciales de los beneficiarios de la sustitución pensional sino a los requisitos que debe demostrar cada uno de ellos para acceder a la prestación pues si bien en los dos regímenes se incluye dentro del orden de preferencia a los hermanos que dependan económicamente del causante, el especial cobija sólo a los menores de 18 años mientras que el general se refiere a los inválidos.

Respecto del trato diferenciado existente entre regímenes pensionales relacionado con el derecho a la igualdad la Corte Constitucional ha manifestado:

"En suma, por cuanto concierne a la particular dimensión involucrada en el problema constitucional que en este caso plantea la demanda, es oportuno recordar que la Corporación ha sostenido de manera reiterada que la igualdad se traduce en el derecho de los individuos a que no se consagren excepciones o privilegios arbitrarios que los excluyan de lo que se concede a otros en idénticas circunstancias¹."

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 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.²."

"...esta misma Corte también ha aclarado que eso no excluye que pueda eventualmente estudiarse si la regulación específica de una prestación en particular puede violar la igualdad. Ese análisis es procedente, 'si es claro que la diferenciación establecida por la ley es arbitraria y desmejora, de manera evidente y sin razón aparente, a los beneficiarios del régimen especial frente al régimen general'³. La Corte ha establecido entonces unos requisitos muy claros para que proceda ese examen, pues ha dicho al respecto:

'Así las cosas, es posible concluir que existe una discriminación (i) si la prestación es separable y (ü) la ley prevé un beneficio inferior para

¹ Corte Constitucional Sala Plena Sentencia T-597 de 1993 M.P. Hernando Herrera Vergara.

² Corte Constitucional, Sentencia C-461 del 12 de octubre de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

³ Corte Constitucional, Sentencia C-090 de 1999, fundamento 6.

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." (Sentencia C-956 de 2001 M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett)

Y en otra oportunidad, la Corte sostuvo:

Sin embargo, apelando al carácter restrictivo de este juicio de igualdad, derivado de la complejidad e independencia que identifica a los regímenes excepcionales, para establecer la aludida discriminación es necesario que se cumplan los siguientes presupuestos: 1) que la prestación objeto de análisis sea autónoma y separable del conjunto de beneficios contenidos al interior del ordenamiento especial, 2) que éste le otorgue un beneficio inferior al reconocido por el régimen común, y 3) que no esté prevista gracia o dádiva que compense el trato diferente (Sentencia C-890 de 1999. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa)⁴.

En este caso la diferencia existente entre el régimen general y el especial respecto de la sustitución pensional no es compensado con otros beneficios o dádivas que otorga el especial pues si bien los dos incluyen dentro del orden preferencial a los hermanos, el general incluye a los inválidos, sin consideración a su edad, como beneficiarios de la sustitución pensional.

Análisis del caso concreto

Con el material probatorio allegado se desvirtuó el hecho 4 de la demanda, según el cual el señor Vargas Niño no tuvo hijos, era soltero y no tenía unión marital de hecho, porque la Resolución No. 6739 de 9 diciembre de 1999 (fl. 151) del Director General de la entidad demandada negó el reconocimiento de la sustitución de asignación de retiro tanto a la señorita Paula Vargas como al señor Jesús Donart Vargas Mosquera, hijo del causante, porque ninguno de los dos cumplía los requisitos exigidos en el artículo 172 del Decreto 1212 de 1990, por ser mayores de 24 años de edad a la fecha del deceso del causante.

⁴ Sentencia T-348 de 1997, Corte Constitucional, M.P. Eduardo Cifuentes

La sustitución pensional solicitada por la señora Paula Vargas no se negó por el hecho de que el causante hubiera dejado un hijo pues tal situación, según lo afirmado por la entidad demandada, no impide pasar al siguiente orden preferencial, sino porque ninguno de los dos reunía los requisitos exigidos por el artículo 173 del Decreto 1212 de 1990.

La señora Paula Vargas Niño solicitó la aplicación de la Ley 100 de 1993 respecto de los beneficiarios de la sustitución pensional, no obstante la existencia del régimen especial consagrado por el Decreto 1212 de 1990, toda vez que el régimen general sí contempla a los hermanos inválidos como beneficiarios de la sustitución pensional.

La dificultad para acceder a la petición de la actora estriba en que en ambos regímenes la condición para incluir a los hermanos como beneficiarios de la prestación es la ausencia de personas con mejor derecho y en el caso de autos hubo un hijo cuya solicitud no pudo ser acogida por no reunir las condiciones de ley.

A pesar de lo dicho, dada la situación familiar especial existente se accederá a la prestación porque mientras la actora probó que dependía económicamente de su hermano fallecido, que presenta una pérdida de la capacidad laboral del 63.68%, estructurada desde el 18 de octubre de 1995, que carece de medios de subsistencia y que vivió con su hermano hasta la muerte de éste, el hijo, además de que supera la edad requerida para tener derecho a la pensión, no convivió con su padre y se desentendió de él a punto tal que sólo se enteró de su muerte cerca de tres años después de ocurrida.

En estas condiciones es equitativo reconocer como beneficiaria de la pensión, como si no hubiera existido el hijo, a la hermana que se dedicó a “servirle” a su hermano, como dicen los declarantes, y que lo acompañó hasta su deceso.

Se inaplicará para este efecto, dada la especificidad del caso, la restricción existente en el Decreto 1212 de 1990, sin tener en consideración que la actora supera con creces los 18 años, y se acogerá lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, con base no sólo en que el régimen especial no contempla un beneficio que compense la desmejora sino porque la propia razón de ser de los regímenes especiales es favorecer a sus beneficiarios y, en este caso, contrariamente, se los estaría perjudicando al restringirles los derechos que se conceden a los pensionados de manera general.

Teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el 14 de agosto de 2000 (fl. 11 vuelto) el reconocimiento de la sustitución de la asignación de retiro se hará a partir del 14 de agosto de 1997, por prescripción trienal.

En estas condiciones el fallo apelado que negó las súplicas de la demanda será revocado para en su lugar acceder a las pretensiones en la forma descrita.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B" administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA

Revócase la sentencia del 4 de septiembre de 2003 proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, que negó las pretensiones de la demanda incoada por PAULA VARGAS NIÑO contra la Nación, Ministerio de Defensa, Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

En su lugar se dispone:

1. Declárase la nulidad parcial de las Resoluciones No. 6739 de 9 de diciembre de 1999 y 1014 de 15 de marzo de 2000, proferidas por el Director

General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional en cuanto negaron la sustitución de la asignación de retiro a favor de la señora Paula Vargas Niño.

2. Ordénase a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, reconocerle y pagarle a la señora Paula Vargas Niño la sustitución de la asignación de retiro de su hermano fallecido, Cabo Segundo Jaime Hernando Vargas Niño, a partir del 14 de agosto de 1997.

3. Ordénase a la entidad demandada que sobre las sumas de condena reconozca y pague a favor de la actora los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, tal como lo autoriza el artículo 178 del C.C.A. dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R= R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente ® se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de la pensión de invalidez hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el Dane, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente por cada suma correspondiente a la sustitución de la asignación de retiro que dejó de devengar desde el 14 de agosto de 1997, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de causación de cada una de ellas.

COPÍESE, NOTIFIQUESE, Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO

JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE