



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 28 de septiembre de 2017.

Radicado No. 250002342000201306374 01
No. Interno: 0811-2017
Actor: Bernardo Fuentes Pulido.
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL¹.
Trámite: Nulidad y Restablecimiento del Derecho / Segunda Instancia.
Asunto: Establecer si es procedente reajustar la asignación de retiro teniendo en cuenta la asignación básica mensual de un Coronel en retiro que hubiese obtenido por sentencia judicial el reajuste de aquella con fundamento en el IPC.

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección de 4 de agosto de 2017², después de surtidas a cabalidad las demás etapas procesales y de establecer que no obra en el proceso irregularidades o nulidades procesales que deban ser saneadas, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia de 23 de junio de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por el señor Bernardo Fuentes Pulido en contra de CREMIL.

1. ANTECEDENTES³

1.1 Pretensiones.

¹ En adelante CREMIL.

² Informe visible a folio 143.

³ Demanda visible a folios 19 a 44.

En ejercicio del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el actor demandó el Oficio CREMIL 0020987 consecutivo 22879 de 3 de mayo de 2013, suscrito por la Subdirectora de Prestaciones Sociales de la entidad demandada.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó; (i) la liquidación de su asignación de retiro tomando como base el mayor valor económico que viene aplicando en las asignaciones de retiro del grado de Coronel; (ii) ordenar el pago indexado de las sumas adeudadas desde el momento en que fue reconocida su asignación de retiro y hasta la fecha en que se haga efectivo el otorgamiento de lo pretendido; (iii) ordenar el pago de los intereses moratorios y el cumplimiento de la sentencia conforme lo establecen los artículos 192 y 195 del CPACA; y, (iv) condenar a la entidad demandada al pago de los gastos y costas procesales, así como las agencias en derecho.

1.2 Hechos.

Para una mejor comprensión del caso, la Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica presentada por el apoderado del demandante, así:

Relató, que mediante Resolución 8283 del 31 de diciembre de 2012 suscrita por el Subdirector Administrativo encargado de las funciones de Director General de CREMIL le fue reconocida la asignación de retiro al demandante a partir del 1º de marzo de 2013, la cual ha sido reajustada anualmente en virtud del principio de oscilación.

Señaló, que para liquidar la asignación de retiro del demandante la entidad accionada tomó la base no actualizada de menor valor económico de las que viene aplicando en la liquidación de la asignación de retiro para el grado de Coronel, cuya diferencia es de \$762.281, lo que incide significativamente sobre la mesada a reconocer, y adicionalmente contraría lo previsto por el Decreto 4433 de 2004, en cuanto no dispone la existencia de varias bases de liquidación de la asignaciones de retiro para un mismo grado.

Manifestó, que el 21 de marzo de 2013, el actor presentó petición ante CREMIL tendiente a obtener la liquidación de su asignación de retiro tomando como base, la actualizada de mayor valor económico que viene aplicando en la liquidación de las asignaciones de retiro para el grado de Coronel, la cual fue resuelta negativamente por la entidad demandada mediante el acto acusado, argumentando que para el reajuste de las asignaciones de retiro se aplica únicamente el principio de oscilación conforme lo dispone el Decreto 1211 de 1990; y que los sueldos básicos para el personal uniformado de la institución los fija anualmente el Gobierno según el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, lo cual impide realizar reconocimientos de salarios y prestaciones que no estén contemplados en las disposiciones que rigen la materia.

1.3 Normas vulneradas y concepto de violación.

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

Constitución Política, preámbulo y artículos 1º, 2º, 4º. 13, 48, 53 y 93; Ley 923 de 2004, artículos 2º, 2.4, 2.7 y 3.13; y Convención Interamericana de Derechos Humanos, artículo 24.

Como concepto de violación de las normas invocadas, el demandante consideró que el acto acusado está viciado de nulidad, porque:

El mantenimiento del poder adquisitivo de las asignaciones de retiro es de orden superior y de aplicación preferencial ante cualquier norma legal que le sea contraria, de ahí que el principio de oscilación es abiertamente inverso a ese mandato y no debe ser aplicado a su situación particular, por cuanto desconoce la supremacía constitucional.

Desconoce la pérdida del poder adquisitivo de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública al aplicar bases de diferente valor económico para quienes se encuentran en una misma situación, lo cual resulta discriminatorio; y adicionalmente, comporta la vulneración del derecho fundamental a la igualdad, toda vez que la normatividad vigente no establece

ninguna diferenciación en cuanto a las bases de liquidación aplicables a quienes están en condiciones similares.

La controversia planteada gira en torno al incumplimiento de la obligación legal que tenía CREMIL de reajustar las asignaciones de retiro de los pensionados a su cargo en un porcentaje igual al del índice de precios al consumidor para los años comprendidos entre 1997 y 2004, lo cual ha generado una realidad que se ha distorsionado al considerarse que quienes se benefician de los fallos judiciales que ordenan tal incremento obtienen una prerrogativa y no el restablecimiento de un derecho que les ha sido vulnerado, lo cual denota que la demandada omitió realizar su reconocimiento en forma oficiosa y establecer una sola base de liquidación para cada grado, como acontecía antes de 2004, la cual era aplicable a todos los miembros de la fuerza pública.

El acto enjuiciado se encuentra falsamente motivado en razón a que no existe correspondencia entre la decisión adoptada y los motivos de hecho y de derecho expuestos por CREMIL para negar lo peticionado, como quiera que los decretos mediante los cuales el Gobierno fija los sueldos básicos para los integrantes de la fuerza pública en actividad no resultan aplicables al demandante, quien devenga asignación de retiro.

1.3 Contestación de la demanda⁴.

La entidad demandada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas por la parte actora con fundamento en los siguientes argumentos:

Manifestó, que los fallos judiciales mediante los cuales se ordenó el reajuste de con base en el IPC de la asignación de retiro de algunos Coroneles surten efectos interpartes, y se aplican de acuerdo a lo ordenado por el fallador en cada caso concreto, razón por la cual sus efectos no pueden hacerse extensivos al demandante.

⁴ Visible a folios 51 a 56.

Señaló, que el régimen especial aplicable a los miembros de la Fuerza Pública establece que las asignaciones de retiro deben ser reajustadas anualmente de acuerdo a las variaciones que se introduzcan en las asignaciones pagadas a los militares que se encuentren en servicio activo de acuerdo con cada grado de conformidad con el principio de oscilación únicamente y conforme lo dispone el Decreto 4433 de 2004, por lo que utilizar mecanismos o sistemas de liquidación diferentes equivaldría a aplicar un sistema prestacional distinto al definido para este personal.

Indicó, que como quiera que los sueldos básicos del personal en actividad de la fuerza pública y la escala gradual porcentual son fijados mediante decretos dictados por el Gobierno Nacional, los cuales no han sido controvertidos dentro del *sub lite*, le asiste la obligación a la demandada de acatar lo por ellos dispuesto, toda vez que sus efectos son *erga omnes* y que la presunción de legalidad que los cobija no ha sido desvirtuada.

1.4 La sentencia de primera instancia⁵.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A mediante Sentencia de 23 de junio de 2016 negó las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

Refirió, que a partir de lo dispuesto por la Ley 4ª de 1992 en cuanto ordenó la nivelación de los salarios de los militares y policías en actividad, como las asignaciones de retiro y pensiones de los militares y policía retirados, se dictaron en primer término los decretos 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995, que reconocían la prima de actualización a los activos, la cual por decisión del Consejo de Estado fue extendida a los retirados.

Indicó, que con posterioridad a lo anterior y en relación con los activos, a partir del año 1996, se estableció la escala gradual porcentual, con la expedición del Decreto 107 de dicha anualidad y que periódicamente se han venido dictando otros decretos que continúan dándole aplicación.

⁵ Fallo obrante a folios 101 a 108.

Señaló, que a partir de lo previsto por los artículos 279 de la Ley 100 de 1993 y 1º de la Ley 238 de 1995, es dable aplicar a los miembros de la Fuerza Pública los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de la Ley 100, que se refieren en su orden al reajuste de las pensiones y a la mesada adicional, según la variación porcentual del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, con el fin de que mantengan su poder adquisitivo constante.

Adujo, que al demandante no le asiste derecho al reajuste de su asignación de retiro con respecto de la de un coronel retirado, a quien mediante providencia judicial le fue reajustada su asignación de retiro con base en el índice de precios al consumidor, en virtud de que aquella tiene efectos *inter partes*, y adicionalmente viene liquidada con base en la asignación básica correspondiente a su grado y con las partidas computables conforme a la ley, cuyo incremento se realiza en aplicación del principio de oscilación y/o con el indicador referido.

1.5 El recurso de apelación⁶.

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 23 de junio de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, dentro del cual solicitó su revocatoria, y reiteró los planteamientos expuestos en la demanda tendientes a obtener la liquidación de su asignación de retiro, teniendo en cuenta la base de liquidación actualizada que en mayor valor viene reconociendo la entidad demandada a los Coroneles retirados en aplicación de los principios de igualdad, seguridad social y de realidad sobre las formas.

1.6 Alegatos en segunda instancia.

Dentro de esta etapa procesal las partes del *sub lite* se abstuvieron de presentar los escritos de alegatos de cierre, y la representante del Ministerio Público de emitir su concepto.

II. CONSIDERACIONES

⁶ Visible a folios 116 a 127.

Planteamiento del problema jurídico

De acuerdo a lo señalado en la sentencia de primera instancia y atendiendo los motivos de oposición aducidos por la parte demandante en calidad de apelante único, se extrae que en el *sub-lite* el problema jurídico se contrae a determinar si es procedente reajustar la asignación de retiro del señor Bernardo Fuentes Pulido, teniendo en cuenta para el efecto, la asignación básica mensual de un Coronel en retiro que hubiese obtenido por sentencia judicial el reajuste de aquella con fundamento en el índice de precios al consumidor –IPC-.

Bajo el contexto expuesto, la Sala decidirá el asunto sometido a su consideración en el siguiente orden: i) la naturaleza jurídica de la asignación de retiro; ii) la jurisprudencia de la Sala en relación con el reajuste de las asignaciones de retiro con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC; y, iii) el caso en concreto.

I. De la naturaleza jurídica de la asignación de retiro.

Sobre este particular, advierte la Sala que en vigencia de la Constitución Política de 1886 el derecho a la seguridad social, en los términos en los que hoy se comprende, no encontraba consagración expresa en su texto. En efecto, debe decirse que, sólo el artículo 19⁷ *ibídem* hacía referencia al concepto de asistencia pública entendido como la *“función del Estado que debería prestarse a quienes careciendo de medios de subsistencia y del derecho a exigirlos de otras personas estuvieran físicamente incapacitados para trabajar”* atribuyéndole, en todo caso, al legislador la facultad de establecer los eventos en que el Estado debía conceder dicha asistencia.

Así las cosas, en vigencia del texto constitucional de 1886 la entonces denominada asistencia pública no tuvo un amplio desarrollo legal, ni aplicabilidad práctica, salvo, debe decirse, las disposiciones legales que se

⁷ «(...) **Artículo 19.-** Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos (...).»

expidieron en materia de regímenes pensionales, a saber, Ley 6 de 1945, Decreto 3135 de 1968, Leyes 33 y 62 de 1985 y 71 de 1988, entre otras.

No obstante lo anterior, a partir de 1991 el derecho a la seguridad social en el ordenamiento jurídico colombiano experimenta una constitucionalización toda vez que, el constituyente a través de los artículos 48 y 49 de la Carta Política vincula al Estado con la garantía efectiva a la dignidad de quienes, habiendo entregado su fuerza laboral merecen un justo descanso, esto, con el fin de asegurarles una vejez en condiciones dignas.

Bajo estos supuestos, y por expresa disposición del constituyente de 1991, el legislador adoptó a través de la Ley 100 de 1993 el Sistema de Seguridad Social Integral, en pensiones y salud. En lo que se refiere con el sistema de pensiones, y en concreto de la prestación pensional, el legislador adoptó la noción de contingencia, entendida esta, como un amparo a las distintas situaciones o eventualidades que se deriven de la vejez, la invalidez o la muerte del afiliado al sistema.

En este punto la Sala no pasa por alto, que el artículo 279 *ibídem* excluyó de su aplicación a los miembros de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Sin embargo, tal exclusión *per se*, a juicio de la Sala, no significa que la finalidad última del Sistema Integral de Seguridad Social, esto es, amparar las contingencias antes referidas resulte ajena a la Fuerza Pública.

Por el contrario, la anotada exclusión propende por el establecimiento de un Sistema de Seguridad Social Integral que, si bien a través de distintas instituciones y figuras propias garantice la dignidad de sus afiliados, en todo caso atienda a las particularidades especiales que rodean el ejercicio de la actividad castrense en los términos del artículo 217⁸ de la Constitución Política.

⁸ «(...) ARTICULO 217. La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio (...).»

Bajo estas condiciones, debe decirse que, la prestación a que tienen derecho los miembros de la Fuerza Pública, conocida como asignación de retiro, no tiene otra finalidad distinta a la de garantizar la dignidad de los Oficiales o Suboficiales que, con posterioridad a años de servicio en cumplimiento de funciones de altísimo riesgo, se enfrentan a la cesación en sus actividades laborales.

Para la Sala resulta innegable la identidad existente entre la prestación pensional de vejez y la asignación de retiro prevista para los miembros de la Fuerza Pública toda vez que, como quedó dicho, esta última también propende por dotar de una provisión económica, para el caso, a los Oficiales o Suboficiales de la Fuerza Pública que han visto finalizada su carrera y, en consecuencia, se ven abocados a su retiro definitivo del servicio.

En otras palabras, estima la Sala que no hay duda que la asignación de retiro al igual que la hoy pensión de vejez constituyen especies, equiparables, de un mismo género prestacional cuya única finalidad es amparar las distintas contingencias derivadas de la vejez, invalidez y muerte, esto, como garantía al principio de la dignidad humana y el derecho fundamental a la seguridad social previstos en la Constitución Política de 1991. Para el caso de los Oficiales y Suboficiales de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional en estricta observancia de los criterios y objetivos previamente definidos por el legislador tiene la obligación de establecer su régimen prestacional en atención a las circunstancias particulares que rodean el ejercicio de la actividad castrense, esto, en consideración, entre otras circunstancias, al riesgo asumido por cada Fuerza en el desarrollo de su misión constitucional.

II. De la jurisprudencia de la Sala en relación con el reajuste de las asignaciones de retiro con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC.

Estima la Sala que el método de reajuste tradicionalmente utilizado para las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales tanto de las Fuerzas Militares como de la Policía Nacional lo constituye el principio de oscilación, según el cual las asignaciones de retiro tendrán en cuenta la totalidad de las

variaciones que en todo tiempo se introduzcan a las asignaciones que se devengan en actividad, esto con el fin de garantizar la igualdad de remuneración a quienes han cesado en la prestación de sus servicios.

En efecto, el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990, mediante el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, establecía el referido principio de oscilación en los siguientes términos:

«(...) ARTÍCULO 169. OSCILACION DE ASIGNACION DE RETIRO Y PENSION. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 de este Decreto.

En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal.

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

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

Lo anterior en consonancia con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992, en cuyo artículo 13 se ordenó al Gobierno Nacional establecer una escala gradual porcentual con el fin de nivelar la remuneración que perciben tanto el personal activo como el retirado de la Fuerza Pública. Para mayor ilustración se transcribe el artículo 13 ibídem:

«(...) ARTÍCULO 13. En desarrollo de la presente Ley el Gobierno Nacional establecerá una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública de conformidad con los principios establecidos en el artículo 2º.

PARÁGRAFO. La nivelación de que trata el presente artículo debe producirse en las vigencias fiscales de 1993 a 1996 (...).»

Sin embargo, el legislador mediante la Ley 238 de 1995 adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que los beneficios previstos en los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993, esto es, el reajuste pensional conforme la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, y de la mesada adicional del mes de junio, se harían extensivos a los sectores previstos en el artículo 279 ibídem, entre ellos, los miembros de la Fuerza Pública.

Teniendo en cuenta lo anterior, el personal retirado de la Fuerza Pública comenzó a solicitar el reajuste de las asignaciones de retiro que venían devengando, con el fin de obtener en la práctica, el pago de las diferencias existentes entre los reajustes anuales efectuados con fundamento en el principio de oscilación y los que debían hacerse con aplicación de la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, toda vez que este último, a su juicio, representaba un mayor valor y, en consecuencia, resultaba más favorable a sus intereses.

En este sentido, advierte la Sala que fue con ocasión de estos reclamos, en sede judicial, que la Sección Segunda de esta Corporación en pleno, mediante sentencia de 17 de mayo de 2007, Rad. 8464-2005 M.P. Jaime Moreno García, abordó el problema jurídico en ese caso concreto, desde la perspectiva de la competencia del legislador para expedir la Ley 238 de 1995, en contraposición a la prevalencia y mandato expreso de la Ley 4 de 1992, en cuanto señala que es al Presidente de la República a quien le está dada la competencia para regular el régimen prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

Sostuvo en esa oportunidad la Sala Plena de Sección, que si bien el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992 preceptúa que cualquier régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones previstas en la Ley 4ª de 1992 o los decretos expedidos en desarrollo de la misma carecerán de todo efecto, tal previsión no hacía alusión a la expedición de una ley posterior, pues la sanción prevista en la citada Ley 4ª de 1992 es la de nulidad la cual, está reservada para otro tipo de actos jurídicos, distintos a la ley.

Bajo este supuesto, consideró la Sala de Sección en la citada providencia que la Ley 238 de 1995 no podía ser inaplicada al caso concreto, toda vez que ella se traducía en un reajuste más favorable para las asignaciones de retiro del personal de la Fuerza Pública en retiro que el previsto anualmente por el Presidente de la República en desarrollo de la Ley 4 de 1992 y los Decretos 1211 y 1212 de 1990, en cuanto resultaban ser cuantitativamente superiores.

Lo anterior, afirmó el referido pronunciamiento de Sección, encontraba sustento adicional en el hecho de que la Corte Constitucional en sentencia C-432 de 2004 rectificó su criterio en relación con las asignaciones de retiro, al reconocer que éstas se asimilaban a las pensiones de vejez o de jubilación, según fuera el caso.

Teniendo en cuenta lo anterior, en la referida sentencia⁹, la Sala de Sección accedió a las súplicas de la demanda, ordenando el reajuste de la asignación de retiro con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, sin perjuicio de la prescripción sobre las diferencias a que hubiera lugar, de acuerdo con lo previsto en el Decreto 1212 de 1990.

Y de manera expresa se precisó en relación con el «límite del derecho» que el reajuste reconocido debía *«liquidarse hasta el reajuste dispuesto por el artículo 42 del decreto 4433 de 2004, debido a que esta norma volvió a establecer el mismo sistema que existió bajo la vigencia del decreto 1212 de 1990, o sea es decir teniendo en cuenta la oscilación de las asignaciones del personal en actividad.»*

Con posterioridad a la sentencia de Sala Plena de Sección de 17 de mayo de 2007, las Subsecciones A y B, se han pronunciado en reiteradas ocasiones, de manera consistente y uniforme, sobre la solicitud del personal en retiro de la Fuerza Pública, tendiente a obtener el reajuste de la asignación de retiro con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC.

⁹ CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 17 de mayo de 2007, radicado 8464-2005 C. P. Dr. Jaime Moreno García.

En efecto, son varias las providencias que en esta oportunidad esta Subsección trae a consideración, en relación con la solicitud de reajuste de las asignaciones de retiro del personal de la Fuerza Pública, que ha dejado de prestar sus servicios, con fundamento en el índice de precios al consumidor, IPC.

Al respecto, en sentencia de 16 de abril de 2009. Rad. 2048-2008. M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, la Subsección B, de la Sección Segunda de esta Corporación, reiteró que el reajuste a que tenían derecho el personal en retiro de la Fuerza Pública contaba con un límite temporal, esto es, hasta la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, norma mediante la cual se adoptó nuevamente el principio de oscilación para efectos de actualizar las referidas prestaciones.

Por su parte, en sentencia de 27 de enero de 2011. Rad. 1479-2009. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, la Subsección A de esta Sección, en consonancia con lo expuesto en la providencia antes reseñada, precisó la tesis de que *“una cosa es que se haga un incremento con fundamento en el índice de precios al consumidor, IPC, a la base de liquidación de la mesada pensional y otra muy distinta que se aplique el principio de oscilación para realizar los incrementos anuales.”* En efecto, se sostuvo en esa oportunidad que teniendo claro el carácter de prestación periódica de que goza la asignación de retiro, no había duda que el hecho de que se haya ordenado reliquidar la base de la asignación de retiro hace que su monto se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro de manera ininterrumpida.

Así mismo, mediante sentencia de 27 de octubre de 2011. Rad. 2167-2009. M.P. Alfonso Vargas Rincón, la Subsección A, de la Sección Segunda de esta Corporación, al haber accedido a las súplicas del demandante reiteró que efectuada la liquidación de las diferencias resultantes del reajuste de la asignación de retiro, con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, las mismas, en ese caso, no podían ser pagadas por encontrarse prescritas pero que, no obstante ello, si debían utilizarse como base para la liquidación de las mesadas posteriores, esto es, a futuro.

Bajo las consideraciones que anteceden, debe decirse, que la tesis expuesta por esta Sección en sus Subsecciones A y B, en relación con el reajuste de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, ha estado orientada en un sólo sentido, esto es, a que el referido reajuste incide directamente en la base de la respectiva asignación de retiro, con una clara proyección hacia el futuro, lo que supone que a partir del 1 de enero de 2005, el reajuste efectuado con fundamento en el principio de oscilación, en virtud del Decreto 4433 de 2004, en todo caso parte del aumento que ha debido experimentar la base de la asignación de retiro, durante los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004.

Así las cosas, a partir de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, el reajuste ya no se haría más de conformidad con el índice de precios al consumidor, IPC, sino con aplicación del principio de oscilación, previsto en el artículo 42 del citado Decreto, **pero en todo caso**, la base de la asignación de retiro a 31 de diciembre de 2004 debe contemplar el reajuste que en el pasado se ordenó con fundamento en fundamento la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, respecto de los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004.

En otras palabras, los incrementos que se efectúen sobre la asignación de retiro de un oficial o suboficial de la Fuerza Pública en retiro a partir de la entrar en vigencia el Decreto 4433 de 2004, esto es el 31 de diciembre de 2004, no pueden desconocer que dicha asignación de retiro, en su base, experimentó un incremento en virtud del reajuste que en sede judicial se haya ordenado, con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, sobre el cual en todo caso deberá incrementarse a futuro, en virtud del principio de oscilación. Una interpretación en contrario desconocería el derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada, consagrado en dos enunciados normativos distintos de la Constitución Política, esto es, en el inciso sexto del artículo 48¹⁰ y en el inciso tercero del artículo 53¹¹, derecho que a juicio de la Sala

¹⁰ «La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.»

constituye una expresión del principio de Estado Social de Derecho, de la protección especial que establece la carta Política a las personas de la tercera edad y de los derechos a la igualdad y al mínimo vital y móvil.

III. Caso en concreto.

Referido el anterior marco normativo y jurisprudencial debe determinar la Sala si es dable ordenar la liquidación solicitada por el demandante, esto es, teniendo en cuenta para la asignación básica mensual de un Coronel en retiro que hubiese obtenido por sentencia judicial el reajuste de aquella con fundamento en el índice de precios al consumidor –IPC-

Con miras a resolver el punto objeto de controversia, lo primero que se debe advertir es que está plenamente demostrado dentro del expediente que el señor Bernardo Fuentes Pulido: (i) Durante su vida laboral prestó sus servicios al Ejército Nacional; (ii) fue retirado del servicio por voluntad propia el 1º de enero de 2012 ostentando el grado de Coronel; y, (iii) por medio de la Resolución 8283 de 31 de diciembre de 2012 le fue reconocida la asignación de retiro a partir del 1º de marzo de 2013 en cuantía del 95% del sueldo de actividad correspondiente a su grado en todo su tiempo, incluyendo dentro de la liquidación las partidas computables de acuerdo a la ley¹².

También está acreditado que el ente demandado le negó la reliquidación de la asignación de retiro al demandante por cuanto *«(...) el reajuste de las asignaciones de retiro, se aplica únicamente con sujeción al principio de oscilación conforme lo dispone el artículo 169 del Decreto Ley 1211 de 1990(...)»* por considerar que el reajuste de éstas se efectuaban con fundamento en los incrementos de los sueldos básicos del personal en actividad, razón por la que si se utilizaba un mecanismo diferente, equivaldría

¹¹ «El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.»

¹² Información tomada de la Resolución 8283 de 2012 visible a folios 13 y 14 del expediente.

a aplicar un sistema prestacional distinto al establecido en el régimen especial de la Fuerza Pública¹³.

Bajo los referidos presupuestos de la relación laboral del demandante en el Ejército Nacional, entonces, es válido afirmar que no hay lugar a acceder a lo solicitado por el demandante, toda vez que de acuerdo a la normatividad y jurisprudencia citada en el anterior acápite, el reajuste de las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública se efectúa conforme al principio de oscilación, esto es, con fundamento en el incremento que realiza el Gobierno Nacional a los sueldos del personal en actividad cuyo aumento porcentual a su vez depende del 100% de lo que devenga el Coronel en servicio activo y no con base en la prestación reconocida a un Coronel en situación de retiro.

Por la misma razón, considerar que se puede reliquidar la prestación del demandante a partir a la de un Coronel que por orden judicial fue beneficiado por el reajuste del índice de precios al consumidor –IPC-, es tanto como querer equipararse a una situación particular y concreta que fue definida por una autoridad judicial competente, situación que no es viable en atención a los efectos *inter-partes*¹⁴ de las sentencias en los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Ahora bien, para efectos de establecer si al señor Bernardo Fuentes Pulido le fue vulnerado su derecho a la igualdad, es necesario señalar que el artículo 13¹⁵ de la Constitución Política reguló la igualdad frente a la ley y, además, el

¹³ Información tomada del Oficio CREMIL 22879 de 3 de mayo de 2013, suscrito por la Subdirectora de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, visible a folio 11 del expediente.

¹⁴ “Ley 1437 de 2011.

(...) ARTÍCULO 189. EFECTOS DE LA SENTENCIA. (...)

La sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor. (...).”

¹⁵ “ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

derecho que tienen las personas a recibir la misma protección y trato por parte de las autoridades, sin ser discriminadas por razón de características tales como sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, entre otras.

En tal sentido, con el fin de evaluar la afectación de dicho principio por normas incluidas en el ordenamiento jurídico, es necesario hacer un estudio de las situaciones frente a las cuales se plantea la existencia de un trato diferente, para lo cual la Corte Constitucional¹⁶ en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, ha acudido a herramientas metodológicas especiales tales como el *test de igualdad*¹⁷, que permite definir si la diferencia de trato hacia algún sector de la población está constitucionalmente justificada, proceso que se surte en las siguientes etapas:

«(...) (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o *tertium comparationis*, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se comparan sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución. (...)»

En virtud de lo anterior, se evidencia de las pruebas obrantes en el proceso, que no existe certeza sobre la vulneración del derecho a la igualdad del demandante, ya que no está acreditado que a otra persona en la misma situación a la que se encuentra aquél se le hubiese brindado un trato diferente. Lo cual supone, a su vez, la imposibilidad de establecer *el tertium comparationis*¹⁸ que menciona la Corte Constitucional, como uno de las etapas para definir la vulneración alegada.

Es más, si bien se aportó al plenario un informe de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares relacionado con los sueldos básicos reajustados por el

¹⁶ Sentencia C-015 de 2014.

¹⁷ Sobre el test de igualdad, entre otras, ver las sentencias de la Corte Constitucional C-093 de 2001, C-250 de 2012 y C-015 de 2014.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-862 de 2008.

índice de precios al consumidor¹⁹, ésta información no arroja datos acerca de los casos particulares que dieron lugar a ello que permitan establecer si el demandante sufrió un trato discriminatorio.

En consecuencia, el acto administrativo demandado no está inmerso en ninguna de las causales de nulidad alegadas por el demandante, pues su asignación de retiro le fue reconocida con fundamento en el marco legal aplicable, de acuerdo con los valores devengados por el actor en servicio activo, razón por la que la Sala confirmará la Sentencia del *a quo* que denegó las súplicas de la demanda.

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

FALLA

CONFIRMAR la sentencia de 23 de junio de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda incoada por el señor Bernardo Fuentes Pulido en contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

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

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

¹⁹ Visible a folios 17 y 18.

Radicado No. 250002342000201306374 01.

No. Interno: 0811-2017.

Actor: Bernardo Fuentes Pulido.

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares– CREMIL

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ