



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

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho  
Radicación : 08001-23-31-000-2009-01098-01 (1212-2012)  
Demandante : **Hilda Sofía Otero Peraza y otros**  
Demandado : Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional  
Tema : Reajuste asignación de retiro con base en el IPC<sup>1</sup>

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 3 de agosto de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió a las súplicas de la demanda dentro del proceso del epígrafe.

## I. ANTECEDENTES

**1.1 Acción** (folios 3 a 13). Los señores Hilda Sofía Otero Peraza, Ana María y Hugo Raúl Esquivel Otero, por conducto de apoderado, ocurren ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo a instaurar acción de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (CCA), para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

**1.2 Pretensiones.** Se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos: (i) Resolución 2344 de 28 de agosto de 2008 y (ii) Resolución 1839 de 19 de junio de 2009, del director de Veteranos y Bienestar Sectorial y de la coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales, del Ministerio de Defensa Nacional, con que el demandado le negó el reajuste de la asignación de retiro a la señora Hilda Sofía Otero Peraza, beneficiaria pensional, con base en el índice de precios al consumidor.

---

<sup>1</sup> Índice de precios al consumidor



Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, condenar (i) a reajustar y reliquidar la asignación de retiro en los porcentajes correspondientes a la diferencia existente entre el incremento de dicha asignación, en aplicación de la escala gradual salarial, y el índice de precios al consumidor que se debe tener en cuenta para los ajustes pensionales, con fundamento en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, y ii) y se prescinda del cobro de la suma de ciento treinta y ocho millones quinientos setenta y ocho mil quinientos cuarenta y ocho pesos con 99/100 (\$138.578.548.99), en razón al habersele nominado (sic) unos dineros sin corresponderle.

**1.3 Fundamentos fácticos.** Por medio de la Resolución 1182 de 25 de junio de 1993, del ministro de Defensa Nacional, se honra la memoria del mayor del Ejército Nacional, Hugo Raúl Esquivel Otero, que falleció el 20 de abril de 1993 en cumplimiento de una misión especial para el mantenimiento de orden público, y se le confiere ascenso póstumo al grado de teniente coronel, con novedad fiscal desde la fecha de su deceso (folio 17).

Posteriormente, el Ministerio de Defensa Nacional, mediante Resolución 10835 de 28 de septiembre de 1993, reconoció a favor de los beneficiarios del teniente coronel (póstumo) una asignación de retiro, o «pensión de beneficiarios»: un 50% al cónyuge superviviente, señora Hilda Sofía Otero Peraza, y el otro 50% a los hijos menores Hugo Raúl y Ana María Esquivel Otero, a partir del 20 de julio de 1990, la cual se viene reajustando conforme al principio de oscilación (folios 15 a 16).

En escrito de 17 de octubre de 2006 (folios 18 a 20), la señora Hilda Sofía Otero Peraza pidió del accionado la reliquidación y reajuste de la asignación de retiro en cuanto a los aumentos realizados durante los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 en los porcentajes correspondientes a la diferencia existente entre el incremento de la asignación de retiro, en aplicación de la escala gradual salarial, y el índice de precios al consumidor.

La anterior solicitud fue resuelta desfavorablemente por el demandado, mediante Resoluciones 2344 de 28 de agosto de 2008 y 1839 de 19 de junio de 2009, que



resolvió el recurso de reposición contra la primera, por considerar que las prestaciones sociales de los miembros de la fuerza pública se liquidan con base en el principio de oscilación, por pertenecer estos a un régimen especial. Además, en la Resolución 2344 de 2008, artículo 3.º de la parte resolutive, que fue confirmada con la 1839, se determinó: «Declarar deudora del Tesoro Público a la señora Hilda Sofía Otero Peraza , C.C. N.º 30.561.720, en la suma de ciento treinta y ocho millones quinientos setenta y ocho mil quinientos cuarenta y ocho pesos con 99/100, (\$138.578.548.99), de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente acto administrativo» (folios 22 a 27).

**1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** Cita como normas violadas por los acto acusados los artículos 1, 2, 5, 6, 11, 25, 29, 42, 53 y 90 de la Constitución Política; 35, 36, 85, 132, 135 y ss., y 206 del Código Contencioso Administrativo; Ley 640 de 2001, artículos 111, 112 y 113 y ss.; 13 de la Ley 1285 de 2008; el Decreto 1211 de 1990, y el Decreto Reglamentario 1716 de 2009.

Afirma que, por una parte, el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones 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 por cuanto desconoce la supremacía constitucional, razón por la cual se debe acudir al régimen general aplicando el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 238 de 1995.

Y, por la otra, en cuanto a la liquidación errónea de pensiones, saca a colación la sentencia del Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, de 29 de abril de 2004, radicación interna 2915-03, consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante, en el sentido de « [...] que no hay lugar a devolver lo que ya fue pagado porque [...] mal puede ahora alegar a su favor su propia culpa para tratar de recuperar un dinero que recibido por una persona de buena fe» (folio 5).



**1.5 Contestación de la demanda.** Mediante auto de 10 de febrero de 2010, el Tribunal Administrativo del Atlántico admitió la demanda y dispuso, en el numeral 3, «Fíjese en lista el presente proceso por el término de diez (10) días, durante los cuales los demandados podrán contestar la demanda, [...]» (folios 240 a 241); pero dicha demanda fue contestada por el apoderado del accionado el 23 de junio de 2010, y, por ello, en el fallo de primera instancia del Tribunal, de 3 de agosto de 2011, se dice:«No hubo contestación de la demanda, dentro del término legal de la fijación en lista» (folio 288).

## II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante sentencia de 3 de agosto de 2011 (folios 284 a 301), declaró, por un lado, la nulidad de las Resoluciones 2344, de 28 de agosto de 2008, y 1839, de 19 de junio de 2009, del director de Veteranos y Bienestar Sectorial y de la coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales, del Ministerio de Defensa Nacional, y condenó al demandado, a título de restablecimiento del derecho, a reconocer y pagar a la señora Hilda Sofia Otero Peraza —los otros dos accionantes no agotaron la vía gubernativa (folios 18 a 20)— la diferencia en el reajuste anual para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, en que el principio de oscilación fue inferior al índice de precios al consumidor, con fundamento en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, a partir del 17 de octubre de 2002, puesto que la reclamación se presentó el 17 de octubre de 2006 y se le aplicó la prescripción cuatrienal establecida en el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.<sup>2</sup>

Y, por el otro, que «la actora no debe reintegrar lo recibido en exceso, por concepto de pensión, pues, se presume que obraron de buena fe y en el expediente no está demostrado lo contrario, esto, es que se hubiera incurrido en actos dolosos y de mala fe para obtener la pensión de beneficiarios en los porcentajes pagados, por lo tanto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 136

---

<sup>2</sup> Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.



del C.C.A., no hay lugar a recuperar los dineros pagados y que excedieron el monto debido de la prestación periódica» (folio 299).

### **III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la entidad demandada (folios 303 a 306), inconforme con la anterior decisión, interpone recurso de apelación y sostiene, en esencia, que el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 no se debe aplicar, pues la jurisprudencia ha reiterado que cuando se trata de regímenes especiales estos deben tenerse en cuenta en su totalidad, es decir, que «[...] no puede aplicarse en parte elementos constitutivos del régimen de la Fuerza Pública y en parte el sistema de elementos constitutivos del régimen general como pretende la actora, esto es el incremento con el Índice de Precios al Consumidor [...]».

Sobre los dineros recibidos en exceso por la actora, afirma que «la sentencia está llevando a un detrimento patrimonial contra la Nación ya que al ordenar la indexación, no ordena el descuento de lo pagado de más por la Entidad, lo cual llevaría a recibir un doble pago» y, además, solicita que se remita el proceso a la Fiscalía General de la Nación para que se aclare lo sucedido (folio 304).

### **IV. TRÁMITE PROCESAL**

El recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte accionada se concedió, mediante proveído de 16 de abril de 2012, en el efecto suspensivo ante esta Corporación (folio 337) y se admitió por auto de 25 de junio del mismo año (folio 341); y posteriormente, en providencia de 10 de agosto de 2012 se dispuso correr traslado simultáneo a las partes y al ministerio público para que alegaran de conclusión y conceptuaran, respectivamente (folio 343), sin que lo hicieran.

### **V. CONSIDERACIONES DE LA SALA**



**5.1 Competencia.** Conforme a la preceptiva del artículo 129 del CCA, esta Corporación es competente para conocer del presente litigio en segunda instancia.

**5.2 Problema jurídico.** Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar i) si a la demandante le asiste razón jurídica o no para reclamar el reajuste de su asignación de retiro de la que es beneficiaria pensional, año tras año, con base en el índice de precios al consumidor al que alude el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, o por el contrario, debe aplicarse el principio de oscilación propio del régimen especial de la fuerza pública, y ii) si la accionante tiene que devolver los dineros de las prestaciones que le entregaron en exceso.

**5.3 Hechos probados.** De las pruebas aportadas al expediente se destaca lo siguiente:

**5.3.1.** Decreto 1182 de 25 de junio de 1993, «Por el cual se honra la memoria y se confiere ascenso póstumo a un oficial del Ejército», en honor del mayor Hugo Raúl Esquivel Otero, finado esposo de la actora (folio 17).

**5.3.2.** Resolución 10835 de 28 de septiembre de 1993, por medio de cual se reconocen y pagan unas prestaciones sociales y la pensión de beneficiarios a la cónyuge superviviente y a los hijos del teniente coronel (póstumo) Hugo Raúl Esquivel Otero (folios 15 a 16).

**5.3.3.** Escrito de petición de la actora, Hilda Sofía Otero Peraza, presentado, el 17 de octubre de 2006, ante el Ministerio de Defensa Nacional, en el que pide el reajuste de la pensión de beneficiarios con el índice de precios al consumidor durante los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 (folios 18 a 20).

**5.3.4.** Resoluciones 2344 de 28 de agosto de 2008 y 1839 de 19 de junio de 2009, que resolvió el recurso de reposición en contra de la primera, del director de Veteranos y Bienestar Sectorial y de la coordinadora del Grupo de Prestaciones Sociales, del Ministerio de Defensa Nacional (folios 22 a 29).



**5.4 Caso concreto.** Teniendo en cuenta que, sobre el primer problema jurídico, la controversia versa sobre si debe o no reajustarse la asignación de retiro de la accionante, y en caso afirmativo de qué manera, la Sala procederá a realizar el siguiente análisis normativo y jurisprudencial, a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

En principio, debe precisar la Sala que la Constitución Política, en el numeral 19 (letras e y f) del artículo 150, le asigna al Congreso de la República competencia para dictar las normas generales, desde luego a través de leyes, a las cuales debe sujetarse el Gobierno, entre otras materias, en punto a fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública, así como la regulación del régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales. A su vez, los artículos 217 y 218 de la norma superior, contemplan que la ley determinará el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario propio de los miembros de las fuerzas militares y de la Policía Nacional.

En ejercicio de las anteriores atribuciones, el Congreso de la República expidió la Ley 4.<sup>a</sup> de 1992, por medio de la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para establecer el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del mismo Congreso y de la fuerza pública y respecto de la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones, la cual previó en su artículo 1 (letra d) que «El Gobierno Nacional con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta ley fijará el régimen salarial y prestacional» de los miembros de la fuerza pública.

Por su parte, el Presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 66 de 1989, expidió el Decreto 1211 de 1990, por medio del cual «(...) se reforma el estatuto de personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares (...)», cuyo artículo 169 consagra el principio



de oscilación en las asignaciones de retiro y las pensiones para los miembros de las fuerzas militares, en los siguientes términos:

Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto, se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 de este Decreto. En ningún caso aquéllas serán inferiores al salario mínimo legal.

Los oficiales y suboficiales o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales o en otros sectores de la Administración Pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

Parágrafo. 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.

A partir del transcrito precepto, se observa que las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, se incrementarían de acuerdo con el aumento salarial decretado para el personal activo, conforme a las bases de liquidación señaladas en el artículo 158 del referido Decreto 1211 de 1990. Por otra parte, con el objeto de mantener el poder adquisitivo de las pensiones de jubilación, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, contempló:

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

No obstante lo anterior, el artículo 279 de la aludida Ley 100 excluyó del sistema de seguridad social integral al personal de la fuerza pública, concluyendo de esta forma que las disposiciones sobre seguridad social contempladas en la misma, no son aplicables a los miembros de las fuerzas militares ni de la Policía Nacional.



Posteriormente, la Ley 238 de 1995, aumentó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

Adiciónese al artículo 279 de la ley 100 de 1993 con el siguiente párrafo:

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

En relación con la aplicación de la anterior disposición, debe destacar la Sala que si bien es cierto, inicialmente la honorable Corte Constitucional, mediante sentencia C-941 de 15 de octubre de 2003, al estudiar la constitucionalidad del artículo 151 del Decreto 1212 de 1990, consideró que las asignaciones de retiro no podían asimilarse a las pensiones de vejez que contempla la Ley 100 de 1993, en razón a que se trata de criterios diferentes, esto es, mientras la primera se concede por el retiro de las fuerzas militares o de la Policía Nacional, una vez cumplidos los requisitos de ley (15 o 20 años de servicio), la segunda se reconoce con base en la edad y las semanas cotizadas al sistema, también lo es, que posteriormente en sentencia C-432 de 2004, esta Corporación modificó su criterio al revisar la constitucionalidad del Decreto Ley 2070 de 2003, en el sentido de reconocer que la asignación de retiro puede asimilarse a las pensiones de vejez o de jubilación, al señalar:

12. Siguiendo esta línea de argumentación, la Corte se encuentra ante un nuevo interrogante, a saber: ¿Qué naturaleza jurídica tiene la “asignación de retiro” prevista en los artículos demandados del Decreto 2070 de 2003.

Es una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez y que goza de un cierto grado de especialidad (en requisitos), atendiendo la naturaleza especial del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce. Se trata, como bien lo afirman los intervinientes, de establecer con la denominación de “asignación de retiro”, una pensión de vejez o de jubilación para los miembros de la fuerza pública, en la medida en que el resto del ordenamiento especial de dichos servidores públicos, se limita a regular las pensiones de invalidez y sobrevivientes.

Un análisis histórico permite demostrar su naturaleza prestacional. Así, el artículo 112 del Decreto 501 de 1955, es inequívoco en establecer a la asignación mensual de retiro dentro del catálogo de prestaciones sociales a que tienen derecho los oficiales o suboficiales de la fuerza pública<sup>3</sup>. En idéntico sentido, se reitera la

<sup>3</sup> Dispone el citado decreto: “TÍTULO QUINTO. De las prestaciones en actividad, retiro, por separación, por incapacidad e invalidez, por muerte, por desaparición y cautiverio. (...) Artículo 112. Los Oficiales y



naturaleza prestacional de dicha asignación, en los artículos 101 y subsiguientes del Decreto 3071 de 1968.

Por otra parte, la doctrina viviente a partir de la interpretación sistemática de los Decretos-Leyes 1211, 1212, 1213 y 1214 de 1990, ha reconocido la incompatibilidad de la asignación de retiro y de las otras pensiones militares, como prestaciones fundamentales del régimen especial de los miembros de la fuerza pública.

Dicha incompatibilidad se origina en la prohibición constitucional de conceder más de una asignación que provenga del tesoro público, cuya causa o fuente de reconocimiento sea la misma, es decir, en este caso, la prestación del servicio militar durante largos periodos de tiempo<sup>4</sup>. Por ello, no es cierto como lo sostiene la accionante que se trate de un beneficio adicional desproporcionado e irracional. Por el contrario, se trata de una prestación susceptible de reconocimiento por el retiro del servicio activo (al igual que la pensión de vejez) y que, por su propia naturaleza, es incompatible con otras pensiones militares. Lo anterior, no es óbice para que se reconozcan pensiones de jubilación e invalidez provenientes de otras entidades de derecho público, siempre que se causen en diferente tiempo, provengan de distinta causa y tengan un objeto no asimilable.

La Sala Plena hace suyos los planteamientos de la doctrina más autorizada sobre la materia, la cual ha sostenido que:

“[...] 1.3 Compatibilidad de la asignación de retiro. Estableció el legislador extraordinario la compatibilidad de las asignaciones de retiro y pensiones militares con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos y con las pensiones de jubilación e invalidez provenientes de entidades de derecho público. Los incisos 1 y 3 del artículo 175 del decreto 1211 de 1990 señalan:

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

[...]

Las asignaciones de retiro y las pensiones militares son compatibles con las pensiones de jubilación e invalidez provenientes de entidades del derecho público”. Dicha compatibilidad constituye una excepción a la prohibición contenida en el artículo 128 de la Carta Política, según la cual “nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte

---

Suboficiales de las fuerzas militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años por voluntad del Gobierno o de los comandos de fuerza, según el caso, por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, por incapacidad relativa y permanente, por incapacidad profesional o por conducta deficiente, o a solicitud propia después de los veinte (20) años, tendrán derecho a participar de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente a (...).”

<sup>4</sup> Al respecto, el artículo 128 de la Constitución establece que: “Nadie podrá (...) recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, (...) salvo los casos expresamente determinados por la ley (...)”.



mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley”. Y dentro de las asignaciones exceptuadas de tal prohibición, la ley 4ª de 1953, señala:

b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública” (art. 19).

A contrario sensu, no son compatibles entre sí las prestaciones causadas por servicios militares, tal es el caso de las asignaciones de retiro y las pensiones militares, las cuales tampoco son reajustables por servicios prestados a entidades de derecho público; son igualmente incompatibles con las pensiones de invalidez o de retiro por vejez, pudiendo el interesado optar por la más favorable (art. 175, inc. 2).

Al estudiar la tacha de inconstitucionalidad del inciso segundo citado, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 134 de 1991, expresó:

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

Esta misma competencia tiene su arraigo en el artículo 64 de la C. N. 1886 (hoy, artículo 128 C. N. (1991), con la posibilidad de que sea el legislador quien establezca excepciones, cual es cabalmente la consagrada en el mismo artículo 175 que hace compatible la asignación de retiro o la pensión de jubilación con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos (inciso 1)”.

El alcance de la compatibilidad de las asignaciones de retiro y las pensiones militares con pensiones de jubilación o de invalidez de entidades de derecho público, implica que se causen con tiempos diferentes de servicio, pues, no es posible con un mismo tiempo obtener dos prestaciones que tienen idéntica causa y objeto. Tal sería el caso de acumular los 15 años de servicio mínimo para tener derecho a la asignación de retiro, con cinco años de servicio en una entidad de derecho público para optar por la pensión de jubilación; si el beneficiario pretende hacer valer el tiempo servido como militar deberá sustituir la asignación de retiro o la pensión militar por la pensión de jubilación de la entidad oficial.

Así lo ha reiterado la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en fallos de 18 de agosto de 1977, radicación 1831; 25 de abril de 1991, radicación 979, 20 de mayo de 1991, radicación 1211 y 27 de noviembre de 1995, radicación 7253.

[...].<sup>5</sup>

Conforme a lo anterior, no existe duda alguna en relación con la naturaleza prestacional de la asignación de retiro. Adicionalmente, es indiscutible que dicha prestación cumple un fin constitucional determinado, pues conforme a lo expuesto,

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: César Hoyos Salazar, sentencia del 23 de septiembre de 1998, radicación número: 1143. Igualmente, dicha incompatibilidad es reconocida por el Decreto 2070 de 2003, en su artículo 36. Al respecto, la citada norma dispone que: “**Compatibilidad de la asignación de retiro y pensiones.** Las asignaciones de retiro y pensiones previstas en el presente decreto, son compatibles con los sueldos provenientes del desempeño de empleos públicos, incluidos los correspondientes a la actividad militar o policial, por movilización o llamamiento colectivo al servicio y con las pensiones de jubilación e invalidez provenientes de entidades de derecho público.

*Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente decreto, son incompatibles entre sí y no son reajustables por servicios prestados a entidades de derecho público, pero el interesado puede optar por la más favorable”.*



tiene como objetivo principal beneficiar a los miembros de la fuerza pública, con un tratamiento diferencial encaminado a mejorar sus condiciones económicas por la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares.

Igualmente, el honorable Consejo de Estado, respecto de la aplicación de la Ley 238 de 1995, consideró que el grupo de pensionados de los sectores excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993 (entre los cuales se hallan los jubilados de las fuerzas militares y de policía), sí tienen derecho a que se les reajuste sus pensiones (o asignaciones de retiro) conforme a la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE como lo dispuso el artículo 14 de la referida Ley 100, por ser más favorable para los mismos; así razonó:

[...] la Sala encuentra que la ley 238 de 1995 es más favorable para el demandante que la ley 4ª de 1992 y el decreto 1212 de 1990, porque al hacer la comparación entre los reajustes pensionales derivados del aumento de las asignaciones en actividad de los oficiales de la Policía Nacional establecidos en los decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001 y 745 de 2002 y los que resultan de la aplicación del artículo 14 de la ley 100 de 1993, se evidencia que la aplicación de este sistema de reajuste resulta ser cuantitativamente superior.

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

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.

[...].

Al punto la Sala tiene en cuenta que desde la Constitución Política de 1886 a los reconocimientos periódicos que les hace el estado a los retirados de las fuerzas militares se 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).

[...]

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 2 del artículo 36 del decreto 4433 de 2004.<sup>6</sup>

En armonía con el rumbo jurisprudencial que se deja transcrito, estima esta Corporación que debe darse aplicación a la Ley 238 de 1995, y por lo mismo, los pensionados de las fuerzas militares y de policía tienen derecho a que se les reajuste su asignación de retiro, conforme a la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE, en la medida en que sea más favorable este sistema de cuantificación de reajuste que los incrementos anuales decretados por el Gobierno para el personal activo de la fuerza pública.

A pesar de que en el proceso no obran certificaciones del Ministerio de Defensa Nacional y del DANE sobre los incrementos del Gobierno Nacional, según el principio de oscilación, y del índice de precios al consumidor (IPC), en su orden, durante los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, vigencias que reclama la accionante, se puede deducir de los datos que ella proporciona en su escrito de petición, de 17 de octubre de 2006 (folios 18 a 20) —que no fueron cuestionados por la entidad accionada—, y que se transcriben a continuación en un cuadro comparativo, que el aumento realizado a su pensión de beneficiarios, con fundamento en el principio de oscilación, fue inferior al índice de precios al consumidor así:

Año	Incremento según principio de oscilación	Incremento con base en el IPC certificado por el DANE <sup>7</sup>
1997	14.48%	21.63 % (1996)
1999	14.91%	16.70% (1998)
2001	4.84%	8.75% (2000)
2002	4.90%	7.65% (2001)
2003	5.35%	6.99% (2002)
2004	4.93%	6.49% (2003)

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Jaime Moreno García, sentencia del 17 de mayo de 2007, radicación número: 8464-05.

<sup>7</sup> De acuerdo con el artículo 177 del C.P.C. «Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba», a su vez el artículo 191 ib. prescribe que «Todos los indicadores económicos nacionales se consideran hechos notorios».



Por otra parte, se advierte que por ser el derecho pensional de carácter imprescriptible, este se causa día a día y se puede solicitar en cualquier época por el interesado; sin embargo, frente al pago de las diferencias en los mismos, el legislador ha establecido el fenómeno de la prescripción —por lo cual en atención a que el causante prestó sus servicios como mayor del Ejército y después de su muerte fue ascendido a teniente coronel (folio 17), le resulta aplicable el artículo 174 del Decreto 1211 de 1990<sup>8</sup>—, de manera que la Administración solo está obligada a desembolsar los producidos con cuatro (4) años de anterioridad a la fecha en que la interesada le eleva la solicitud, que para el caso *sub judice* fue el 17 de octubre de 2006 (folios 18 a 20).

Por lo expuesto, la accionante tiene derecho a que se le revise la asignación de retiro y se le reajuste de conformidad con el índice de precios al consumidor desde 1997 (ya que la base de liquidación cambia), para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, pues durante estos el reajuste equivalente al porcentaje del IPC le resulta más favorable que el principio de oscilación, pero el pago procede únicamente a partir del 17 de octubre de 2002, en virtud del fenómeno de la prescripción cuatrienal.

En cuanto al segundo problema jurídico, sobre la devolución de dineros, la Carta Política, en su artículo 83, tiene consagrado como principio la buena fe que exige a los particulares y a las autoridades públicas ceñir sus actuaciones a una conducta leal, recta y honesta. Y esta buena fe, según sus efectos, se conoce como buena fe **simple**, que se interpreta en la conciencia justa y honesta, y **cualificada**, exenta de culpa o creadora de derechos.

La buena fe cualificada se asimila, para sus efectos, al *error communis facit jus* que tiene la virtud de crear, de la apariencia, de la nada, verdaderos derechos

---

<sup>8</sup> “Artículo 174. Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en cuatro (4) años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en dos (2) años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.”



subjetivos: las personas intervienen en una relación jurídica que tiene todo el aspecto de legalidad; pero, al mismo tiempo, tiene un yerro o falta que la vicia.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, en sentencia de tutela T-090 de 1995, con ponencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz, al resolver un asunto relacionado con una persona que realizó, de buena fe, diligencias de registro ante un servidor público aparentemente competente y pensó que había quedado conforme a la ley inscrita en debida forma, dijo:

[...]

#### 4. ERROR COMUN CREADOR DE DERECHO

El principio general según el cual el error común e invencible crea derecho, constituye uno de los casos, excepcionales dentro de nuestro ordenamiento, en los que se admite que de la creencia errónea y de buena fe sobre la legalidad de un acto, se puedan derivar consecuencias jurídicas avaladas por el propio ordenamiento.

La ficción de que nadie ignora la ley, no tiene alcance absoluto, ni siquiera en derecho privado. Si en ocasiones se le reconoce relevancia a una situación que en apariencia armoniza con el derecho aunque en realidad lo contraviene, derivada de un error particular (como en el caso del matrimonio putativo), el error colectivo o común genera efectos aún más significativos, pues puede convalidar situaciones generales que en principio son contrarias al ordenamiento. Tal es el caso del error *communis*, reconocido desde el derecho romano como fuente generadora de derechos.

La jurisprudencia ha delimitado el alcance de este principio exigiendo, para su aplicabilidad, que el error sea "invencible", queriendo significar con ello que, además de ser común a muchos, hasta el más prudente de los hombres habría podido cometerlo.

En un caso que guarda una bella similitud con el puesto ahora a consideración de esta Sala, el Consejo de Estado napoleónico sostuvo, en 1807, la regla del error común:

"Considerando que, en todos los tiempos y en todas las legislaciones, el error común y la buena fe han sido suficientes para subsanar los actos, e incluso en los fallos, las irregularidades que las partes no hubieran podido prever ni impedir". Se trataba de una dificultad nacida con ocasión del libramiento de copias auténticas de las partidas del registro civil; durante la Revolución, los secretarios de los municipios habían tenido competencia para librar copias; el Código civil confió esa función exclusivamente a los depositarios de los registros, es decir, a los secretarios y a los oficiales del registro civil (alcaldes, adjuntos de alcalde, concejales); pues bien, pese al Código, los secretarios de municipio continuaron librando copias. El Consejo de Estado las consideró como válidas en razón del error invencible cometido por las personas que habían recibido esos extractos, aun cuando el texto fuera perfectamente claro."



Considera la Sala, que el principio del error común es aplicable a la peticionaria y a todas las personas que, de buena fe, efectuaron diligencias de registro ante un funcionario aparentemente competente, creyendo erradamente que con el trámite efectuado habían quedado válidamente inscritas. Con mayor razón es aplicable este principio, si se tiene en cuenta que fue la falla de la administración la que indujo a error a tales personas, al designar a un funcionario que, según la ley, carecía de competencia para efectuar el trámite del registro, pero dando toda apariencia de legalidad a la actuación.

[...]

En estas condiciones, la Sala considera que, en el presente caso, procede aplicar este principio del *error communis facit jus*, puesto que fue la Administración la que incurrió en la equivocación de abonar a la pensión de beneficiarios de la actora Hilda Sofía Otero Peraza la suma de ciento treinta y ocho millones quinientos setenta y ocho mil quinientos cuarenta y ocho pesos con 99/100 (\$138.578.548.99), ya que dio por existente un derecho o una situación relacionada con esa cantidad de dinero que no existía. Ella lo recibió con la seguridad y creencia sincera de que el ente accionado había actuado con certeza y conforme a las prescripciones legales; y, por ende, el comportamiento de la actora se realizó con buena fe exenta de culpa que lo ampara el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, se estima que la actora, como lo afirmó el *a quo*, no tiene que devolver dinero alguno, pues el artículo 136 del CCA establece que «no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe».

Y, finalmente, en lo que concierne a la solicitud del apoderado del accionado de remitir «el proceso a la Fiscalía General de la Nación, para que se aclare lo sucedido» (folio 304), sobre los dineros pagados en exceso a la accionante, la Sala señala que la competencia para ello la tiene la entidad demandada, puesto que cuenta con los elementos de juicio necesarios para percibir si alguna persona realizó alguna conducta punible.

Con base en los razonamientos que se dejan consignados, en armonía con los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, se confirmará el fallo de primera instancia.



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 y por autoridad de la Ley,

FALLA

1.º CONFÍRMASE la sentencia de 3 de agosto de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que accedió a las pretensiones de la demanda presentada por la señora Hilda Sofía Otero Peraza contra la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, conforme a la parte motiva.

2.º Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,

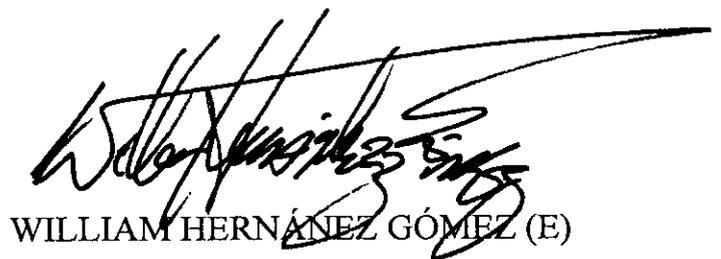
Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.



CARMELO PERDOMO CUÉTER



SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ



WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ (E)