

5229

34



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

CONSEJERO PONENTE: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D. C., diez (10) de marzo de dos mil once (2011).

**REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200800062 01-
NÚMERO INTERNO: 1964-2010-
ACTOR: HÉCTOR ROSENDO GONZÁLEZ SÁNCHEZ-
AUTORIDADES NACIONALES-**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 3 de junio de 2010, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, declaró no probadas las excepciones propuestas por el ente demandado y negó las súplicas de la demanda incoada por Héctor Rosendo González Sánchez contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

LA DEMANDA

HÉCTOR ROSENDO GONZÁLEZ SÁNCHEZ, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca declarar la nulidad del siguiente acto:



- Oficio CREMIL No. 58229 de 26 de septiembre de 2007, proferido por el Subdirector de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en virtud del cual, se le negó al demandante el reconocimiento e incremento de la prima mensual desde el año 2002 al 2007, en su condición de Capitán de Navío (r).

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la entidad accionada a:

- Reconocerle y pagarle la "*prima mensual*" correspondiente a los años 2002 al 2007, de conformidad con lo dispuesto por los Decretos 745 de 2002, 3552 de 2003, 4158 de 2004, 923 de 2005, 407 de 2006 y 1515 de 2007, en una suma equivalente a \$211.776.418.
- Modificar la Resolución con la cual se le reconoció su asignación de retiro incluyendo como factor de liquidación el porcentaje equivalente al 36.81% de las primas ordenadas en los decretos arriba señalados.
- Dar cumplimiento a la sentencia conforme al artículo 176 del C.C.A.
- Al pago de perjuicios morales y materiales causados.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

El señor Héctor Rosendo González Sánchez es beneficiario de la asignación de retiro, la cual es pagadera por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, no obstante, desde el año 2000 no le han

35



cancelado la prima de que trata el artículo 3º de los diferentes Decretos de salario de las Fuerzas Militares, por lo anterior, el actor elevó la correspondiente reclamación en agotamiento a la vía gubernativa, en atención a la misma, la entidad demandada profiere el Oficio CREMIL No. 58229 de 26 de septiembre de 2007 sin que ésta acogiera las pretensiones del actor, pues manifiesta que la norma aplicable es el principio de oscilación.

Afirma, que el acto acusado viola claramente los principios de favorabilidad e igualdad, ya que esta prima lo que busca es reconocer un reajuste a ciertos servidores de la Fuerza Pública, con el fin de que no se pierda su poder adquisitivo, ahora bien, menciona, que hasta el 30 de julio de 2000 se le pagó al actor dicho reconocimiento, por lo que le causó un detrimento patrimonial.

LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, los artículos 1º, 2º, 3º, 6º, 13, 48 y 53.

Del Código Contencioso Administrativo, los artículos 1, 2, 3, y 4.

La Ley 4ª de 1992.

El Decreto 1211 de 1990, el artículo 169.

El Decreto 2724 de 2000.

El Decreto 1463 de 2001.

El Decreto 745 de 2002.

El Decreto 3552 de 2003.

El Decreto 4158 de 2004.

El Decreto 923 de 2005.

El Decreto 407 de 2006.

El Decreto 1515 de 2007.



El demandante consideró que el acto acusado está viciado de nulidad, por las siguientes razones:

Las disposiciones constitucionales que se relacionan, establecen condiciones para el ejercicio del poder público, por parte de los servidores de la administración pública, de donde surge la exigencia, para las autoridades administrativas de preservar el cumplimiento de los deberes y fines del Estado, de tal manera, que se protejan la vida, honra y bienes de las personas, dentro de estas obligaciones está la de reajustar periódicamente las pensiones.

Los sistemas generales establecen las garantías mínimas para la generalidad de los ciudadanos ante la Ley, es por ello, que los regimenes especiales están por fuera de esta generalidad con el fin de garantizarle a las personas beneficiarias condiciones más favorables, sin embargo, en razón al principio de oscilación, se ha venido constituyendo una situación desfavorable para los beneficiarios de la asignación de retiro, en vista a que sus incrementos anuales no han cumplido lo ordenado por el Gobierno Nacional.

Lo anterior tiene su asidero, en razón a que no se ha efectuado el incremento equivalente a los porcentajes ordenados en el artículo 3º de los decretos arriba señalados, sino que se ha cancelado el sueldo con base en las primas en que actividad gozó el demandante. Por consiguiente, la actividad pública debe acatar los mandatos constitucionales, con el fin de que no se lesionen además de los principios ya señalados, los derechos adquiridos.



LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad accionada ejerció su derecho de contradicción frente a la acción incoada, oponiéndose a las pretensiones del demandante, en los siguientes términos (folios 23 a 31):

Las Constituciones de 1886 como la de 1991, señalaron que los derechos y obligaciones de los funcionarios en carrera y los miembros de las Fuerzas Militares hacen parte de un régimen especial diferente al general, es por ello, que se han proferido diferentes disposiciones legales, por los cuales se reglamenta y organiza la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

Indica, que en la Hoja de Servicios Militares No. 1555, consta que el actor fue retirado de la actividad militar por solicitud propia, baja efectiva que se produjo el 28 de febrero de 2002, en consecuencia, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares ordenaron de conformidad con el Decreto 1211 de 1990, el reconocimiento y pago de la asignación de retiro en cuantía equivalente al 95% del sueldo de actividad correspondiente al grado, a partir del 1º de marzo de 2002.

No obstante, el Decreto 1211 de 1990 y el 4433 de 2004, no contempló que la prima solicitada por el actor fuera de reconocimiento para la asignación de retiro, por el contrario, taxativamente se prohíbe la inclusión de cualquier otra partida no señalada en la normatividad.



Ahora bien, siendo la asignación de retiro una prestación social, la intención por parte del legislador fue mantener como factores para su liquidación el sueldo básico y las partidas señaladas en los estatutos de carrera.

Como excepciones propuso las siguientes:

i) No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en tanto la entidad actuó con apego a la Ley; ii) no configuración de causal de nulidad, ya que los actos administrativos expedidos se encuentran bajo la presunción de legalidad; iii) sobre el reconocimiento de derechos adquiridos, por cuanto la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció la asignación de retiro aplicando la normatividad vigente y sus derechos adquiridos no le fueron vulnerados.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, mediante sentencia de 3 de junio de 2010 declaró no probadas las excepciones propuestas por el ente demandado y negó las súplicas de la demanda con los siguientes argumentos (folios 70 a 77):

El artículo 150 de la Constitución Política dispone que le corresponde al Congreso hacer la Leyes para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso y de la Fuerza Pública, es por esto, que se expidió la



Ley 4ª de 1992, donde se faculta al Gobierno Nacional fijar el régimen salarial de éstos.

Ahora bien, la prima mensual no fue consagrada como factor salarial por el Decreto 1211 de 1990, lo que quiere decir, que esta "prima" fue concebida para quienes ostentaban un servicio activo, por consiguiente, si bien es cierto que el demandante cuenta con una asignación de retiro en el grado de Coronel, también lo es, que este beneficio no se encuentra como factor salarial.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante al sustentar la impugnación contra la decisión de primera instancia expuso los motivos de inconformidad que a continuación se enuncian (folios 82 a 84):

En primer lugar señala, que los factores a tener en cuenta para determinar la asignación de retiro, son todos aquellos que recibe el trabajador, por ende, los decretos que señalan el incremento anual son abiertamente ilegales al confrontarse con los artículos 13 y 53 de la Constitución y con las normas de carácter legal expedidas por el Congreso de la República, por cuanto, los decretos no pueden fijar limitaciones de las normas superiores.

En segundo lugar, al momento en que el actor se desempeñaba como Coronel, se le reconocían las primas consagradas en el libelo introductorio, equivalente al 36.81% de su salario mensual, sin embargo, al momento de hacer uso de su buen retiro, esta prima no le fue tomada en cuenta para el pago de sus prestaciones sociales ni



para determinar el valor de su asignación de retiro, escenario que lo llevó a desmejorar sus ingresos y a que se cometiera una flagrante violación de las normas superiores.

Finalmente, al tomar la determinación por parte de la entidad demandada, de negar el reconocimiento de la prima en cuestión, se viola el principio de la teoría de los derechos adquiridos con justo título, y más, cuando se trata de carácter laboral.

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

CONSIDERACIONES

El problema jurídico por resolver se contrae a determinar la legalidad del Oficio CREMIL No. 58229 de 26 de septiembre de 2007, proferido por el Subdirector de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en virtud del cual, se le negó al demandante el reconocimiento del incremento de la "*prima mensual*" desde el año 2000 al 2007, regulada por el artículo 3º del Decreto 2724 de 2000 y los siguientes expedidos anualmente.

Con el anterior objeto, se precisan los siguientes aspectos de orden fáctico y jurídico:

- El 29 de agosto de 2007, el demandante solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la prima mensual establecida en el artículo 3º de los Decretos 745 de 2002, 3552 de 2003, 4158 de 2004, 923 de 2005, 407 de 2006 y 1515 de 2007 (folio 3).



- Mediante Oficio CREMIL No. 58229 de 26 de septiembre de 2007, el Subdirector de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, contestó el anterior escrito negando la reliquidación de la asignación de retiro, con base en los Decretos arriba señalados (folio 2).
- En virtud de la Resolución No. 0995 de 26 de febrero de 2002, el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, resolvió ordenar el reconocimiento y pago de la asignación de retiro en favor del demandante, a partir del 1º de marzo de 2002; para tal efecto se precisó (folios 5 a 7A):

“Que de conformidad con las disposiciones legales contenidas en los Artículos 158 y 163 del Decreto 1211 de 1990, el Oficial arriba mencionado tiene derecho al reconocimiento de una Asignación de Retiro en cuantía del 95% del sueldo de actividad correspondiente a su grado, cuyos valores debe liquidarse de acuerdo al sueldo básico, según lo dispuesto en el Decreto 1463 de 2001, para el computo se indican:

<i>Sueldo Básico de Actividad:</i>	---
<i>Prima de Actividad:</i>	33%
<i>Prima de antigüedad:</i>	27%
<i>Subsidio Familiar:</i>	39%
<i>Prima de Estado Mayor:</i>	20%
<i>Prima de Navidad:</i>	1/12
<i>(...)”</i>	

- De conformidad con la Hoja de Servicios No. 1555 de 1º de diciembre de 2001, el señor Héctor Rosendo González Sánchez laboró al servicio del Ejército Nacional durante 32 años, 9 meses y 9 días, desvinculándose en el grado de Coronel (folios 34 y 35).

Establecido lo anterior, la Sala procede al estudio del asunto sometido a consideración en el siguiente orden: i) Del marco normativo y jurisprudencial aplicable; y, ii) Del caso concreto.



i) **Del marco normativo y jurisprudencial aplicable.**

Nuestro sistema jurídico Colombiano, tanto en vigencia de la Constitución Política de 1886 como de la actual, admitió y admite la existencia de regímenes pensionales de naturaleza excepcional, en tanto ello obedezca a criterios de diferenciación objetivos y razonables que no conduzcan a generar situaciones desiguales frente a supuestos asimilables.

En este marco, el personal uniformado de las Fuerzas Militares antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 ostentaba un régimen prestacional propio, desarrollado fundamentalmente por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por el Congreso¹.

Con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 la existencia de dicho régimen pensional especial permaneció, pues así lo permitió el Constituyente al disponer en el artículo 217, que:

"(...)

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".

Atendiendo a dicho querer, el Congreso con ocasión de la integración del Sistema General de Seguridad Social en Salud,

¹ En los términos establecidos en el artículo 76, numeral 10 de la Constitución Política de 1886.

39



Pensiones y Riesgos Profesionales, expresó en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que:

“ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas. (...)”. (Lo Subrayado es de la Sala).

Al respecto, la Corte Constitucional en varias oportunidades ha sostenido que la existencia de un régimen prestacional especial aplicable a los miembros de la fuerza pública se justifica en la naturaleza “riesgosa” de su función, la cual es “*el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz*”. Al respecto, precisó en la providencia C-432 de 6 de mayo de 2004, que:

“Ya la Corte, en diversas oportunidades, ha reconocido que la diversidad en el tratamiento prestacional de los miembros de la fuerza pública tiene su origen en la naturaleza riesgosa de las funciones que desarrollan y que, a su vez, cumple con el fin constitucional de compensar el desgaste físico y mental que implica el estado latente de inseguridad al que se somete al militar y a los miembros de su familia durante largos periodos de tiempo”.

Hasta aquí entonces, puede concluirse, que a la luz de la Constitución Política los miembros de las Fuerzas Militares ostentan un régimen pensional especial, el cual, para los efectos del presente asunto se concreta en la configuración de la asignación de retiro y de un mecanismo especial para su actualización.

Frente a la asignación de retiro, esta Corporación ha sostenido que es “*un derecho de carácter prestacional que surge de una relación laboral*



administrativa, y con la cual se pretende cubrir un riesgo o una contingencia propia de la seguridad social. Se trata entonces de una prestación social de causación o tracto sucesivo que se devenga de manera vitalicia, la cual es irrenunciable en los términos de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.²

Dicha naturaleza prestacional también fue reconocida por la Corte Constitucional en sentencia C-432 de 6 de mayo de 2004, M.P. doctor Rodrigo Escobar Gil, en los siguientes términos:

“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.

(...)

Conforme a lo anterior, no existe duda alguna en relación con la naturaleza prestacional de la asignación de retiro. Adicionalmente, es indiscutible que dicha prestación cumple un fin constitucional determinado, pues conforme a lo expuesto, tiene como objetivo principal beneficiar a los miembros de la fuerza pública, con un tratamiento diferencial encaminado a mejorar sus condiciones económicas por la ejecución de una función pública que envuelve un riesgo inminente para sus vidas y las de sus familiares.”.

Esta prestación, fue consagrada en virtud del artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, la cual regula la asignación de retiro en los siguientes términos:

“ARTICULO 163. ASIGNACIÓN DE RETIRO. Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente, y los que se

² Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda; de 14 de febrero de 2007; C.P. doctor: Alberto Arango Mantilla; radicado interno NO. 1240-04; actor: Ferney Enrique Camacho González.



retiren a solicitud propia después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir 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 al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto.

PARAGRAFO 1o. La asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales que durante la vigencia de este estatuto se retiren con treinta (30) o más años de servicio, ser equivalente al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas fijadas en el artículo 158, liquidadas en la forma prevista en este mismo Decreto.

PARAGRAFO 2o. Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) o más años de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación."

Ahora bien, la asignación de retiro, históricamente, ha tenido una forma de actualización especial diferente a la que ordinariamente se ha establecido para las pensiones que devengan los servidores públicos y trabajadores privados, conocido como el Principio de Oscilación, cuyo objetivo ha radicado en que la asignación del personal en retiro refleje las variaciones que sufren las asignaciones del personal en actividad. Al respecto, v. gr. en el Decreto 1211 de 1990, se definió este principio en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 169. OSCILACIÓN DE ASIGNACIÓN DE RETIRO Y PENSIÓN. 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.

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.”.

Puede afirmarse, entonces, que el Principio de Oscilación es el mecanismo especial adoptado por el régimen de la Fuerza Pública para garantizar el reajuste periódico de sus pensiones y asignaciones de retiro y cuyo referente es la variación de las asignaciones de actividad.

Posteriormente, dentro de un nuevo marco Constitucional, el Congreso expidió la Ley 4^a de 1992, a través de la cual determinó las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública; y con la cual atendió a razones de justicia y equidad, propendiendo por la nivelación salarial y prestacional en los distintos sectores de la administración pública. En este sentido, y dentro del contexto que interesa para el análisis del presente asunto, estableció en el artículo 13, que:

“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 2°.

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

Dicha escala gradual porcentual se consolidó en el año 1996 con la expedición del Decreto 107, a través del cual se consagró una prima mensual para Oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en los grados y porcentajes específicos allí regulados,

43



calculada sobre la asignación básica y gastos de representación de los Ministros de Despacho. Al respecto, consagró:

“Artículo 3o. Los Oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en los grados de Mayor General y Vicealmirante, tendrán derecho a las asignaciones básicas señaladas en el artículo 1o. del presente decreto, y a primas mensuales equivalentes al cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%) de lo que en todo tiempo devenguen los Ministros del Despacho como asignación básica y gastos de representación.

(...)

Los Oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en los grados de Coronel y Capitán de Navío, tendrán derecho a las asignaciones básicas señaladas en el artículo 1o. del presente decreto, y a primas mensuales equivalentes al treinta y tres por ciento (33%) de lo que en todo tiempo devenguen los Ministros del Despacho como asignación básica y gastos de representación.”

En los Decretos sucesivos que se han expedido anualmente con el objeto de fijar los sueldos básicos del personal de Oficiales, entre otros, los de las Fuerzas Militares, se ha establecido similar disposición³.

Teniendo en cuenta la anterior normatividad, la Sala procede a estudiar el asunto de fondo planteado.

ii) Del caso concreto.

Concretamente, en el presente asunto, se discute la viabilidad de liquidar y reajustar la asignación de retiro del señor Coronel (r) Héctor Rosendo González Sánchez, con la inclusión de la prima mensual consagrada en el Decreto 745 de 2002.

³ Decretos 122 de 1997, 58 de 1998, 62 de 1999, 2724 de 2000, 2737 de 2001, 745 de 2002, 3552 de 2003, 4158 de 2004, 923 de 2005, 407 de 2006, 1515 de 2007.



Con el ánimo de atender dicho asunto, la Sala procede reiterar que la asignación de retiro reconocida al actor se sustentó en el Decreto 1211 de 1990, vigente a la fecha en que consolidó su derecho, y que, en consecuencia, para su liquidación debieron incluirse las partidas específicamente ordenadas por la misma norma, esto es por el artículo 158 ibídem:

“ARTÍCULO 158. LIQUIDACIÓN PRESTACIONES. *Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así:*

- Sueldo básico.
- Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.
- Prima de antigüedad.
- Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto.
- Duodécima parte de la prima de Navidad.
- Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.
- Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.
- Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidar conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico”.

A la luz de dicha norma, y de conformidad con la Resolución No. 0995 de 26 de febrero de 2002, se establece que la asignación de retiro del actor ha sido cuantificada con inclusión de las siguientes partidas: prima de actividad, prima de antigüedad, subsidio familiar, prima de estado mayor y prima de navidad (1/12).

Ahora bien, en principio, debe afirmarse que las partidas computables vigentes a la fecha en que se adquirió el derecho son las que legalmente pueden tenerse en cuenta durante todo el tiempo en que la asignación de retiro se devengue; diferente es, que por virtud del principio de oscilación, la asignación de retiro se reajuste

42



en los mismos porcentajes en los que anualmente se incrementa la asignación en actividad.

Al respecto, en sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, de 28 de enero de 2010, Consejero Ponente Doctor Gustavo Gómez Aranguren, radicado interno No. 1615-2008, en un asunto con contornos fácticos similares se afirmó:

“Es importante aclarar que la oscilación aplicable a las asignaciones de retiro de los miembros retirados de la Fuerza Pública se refiere a la variación porcentual que podrían sufrir los factores básicos de liquidación y no a la creación de un nuevo factor computable, pues como se puede observar en el artículo 120 del Decreto 613 de 1977, se deben tener en cuenta todas las variaciones introducidas a las asignaciones básicas de los miembros activos para cada grado relacionadas con el artículo 113 ibidem, es decir: sueldo básico, prima antigüedad, Subsidio familiar, prima de actividad, prima de navidad, gastos de representación y prima de Oficial diplomado en Academia Superior de Policía.

Al no encontrarse la prima mensual dentro de los factores contemplados en el artículo 113 del Decreto 617 de 1977, no es susceptible de oscilación.

(...)

Lo anterior permite concluir que el demandante no tiene derecho al reajuste de su asignación de retiro aplicando normas posteriores a las vigentes al momento en que adquirió el derecho, 12 de octubre de 1981, y que regulan la asignación básica de los Oficiales y Suboficiales que se encontraban en servicio activo después de la entrada en vigencia de la Ley 4 de 1992.”.

Aunado a lo anterior, cabe resaltar que el mismo artículo 5º del Decreto 107 de 1996, reproducido en similares términos en los Decretos posteriores, estableció:

“Artículo 5o. Para el reconocimiento de las prestaciones sociales del personal a que se refieren los artículos 2 y 3 del presente decreto, se considerará el sueldo básico mensual en ellos señalado y las partidas correspondientes establecidas con ese carácter en los



estatutos de carrera de la Fuerza Pública, Decretos 1211 y 1212 de 1990 y demás normas pertinentes, exclusivamente.”

Lo anterior confirma, entonces, que la prima mensual, al no estar incluida como partida computable para la liquidación de prestaciones, pues no está incluida dentro de las normas pertinentes, esto es, el Decreto 1211 de 1990, ni tampoco fue creada y calificada de dicha forma med ante el Decreto 122 de 1997, no puede tenerse en cuenta para efectos de realizar el reajuste reclamado por la parte actora; pues, se reitera, la prima mensual no fue partida computable para la determinación de la asignación de retiro, ni lo es, de conformidad con el texto normativo expuesto, en la actualidad.

De lo expresado fluye con absoluta claridad que en el presente asunto tampoco se están vulnerando los derechos adquiridos alegados en la demanda por el señor Héctor Rosendo González Sánchez, pues cuando consolidó su derecho a la asignación de retiro se tuvieron en cuenta las partidas computables, y a partir de dicho momento, en virtud del principio de oscilación, se le ha venido reajustando su prestación conforme a lo ordenado por la normatividad aplicable.

En este orden de ideas, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, por lo cual el proveído impugnado será confirmado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B,



43

administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia del 3 de junio de 2010, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, declaró no probadas las excepciones propuestas por el ente demandado y negó las súplicas de la demanda incoada por Héctor Rosendo González Sánchez contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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


BÉRTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ


GERARDO ARENAS MONSALVE


VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA