



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C. diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017).

Radicado No.	250002342000201304800 01
No. Interno:	4908-2015
Actor:	Hernán Cadavid Barco.
Demandado:	Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
Trámite:	Medio de control de 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 oficial 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 3 de junio de 2016¹, 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 abril de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B², por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por el señor Hernán Cadavid Barco en contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

I. ANTECEDENTES³

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 – *Ley 1437 de 2011*-, el señor Hernán Cadavid Barco, por intermedio de apoderado judicial⁴, presentó demanda con el fin de que se declare la nulidad del Oficio 60996 de 29 de noviembre de 2012, suscrito por la Subdirectora de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio de la cual negó el reajuste de la asignación de retiro teniendo en cuenta la base de liquidación que se viene aplicando al Mayor General.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho solicitó: la reliquidación de su asignación de retiro teniendo en

¹ Informe visible a folio 193.

² Con ponencia del Dr. Carmelo Perdomo Cuéter en la cual participó el Dr. César Palomino Cortés.

³ Demanda visible a folios 23 a 44.

⁴ El abogado Miguel Ángel Cotes Giraldo.

cuenta la base real actual⁵ que se viene aplicando en la liquidación de éstas para el grado de Mayor General; pagar de manera indexada las diferencias que resulten entre la liquidación solicitada y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro; reconocer los intereses moratorios; condenar en costas y agencias en derecho; y, dar aplicación a la sentencia en los términos de los artículos 192 a 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

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

Señaló que durante los años 1996, 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 el Gobierno Nacional incrementó las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública en porcentajes inferiores al del IPC del año inmediatamente anterior, generando con ello una pérdida de la capacidad adquisitiva de éstas, razón por la que algunos integrantes acudieron a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para obtener mediante providencia judicial, el mantenimiento de dicho poder adquisitivo en las asignaciones de retiro.

Destacó que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al darle cumplimiento a las providencias del Consejo de Estado, Tribunales y Juzgados Administrativos, en las que se ordenaba el reajuste a las asignaciones de

⁵ “(...) Es la base de liquidación que se aplica en la liquidación de las asignaciones de retiro de los integrantes de la Fuerza Pública que resulta de una de las dos siguientes situaciones: 1) Del reajuste de las bases de liquidación con aplicación del índice de precios al consumidor efectuado por la Caja de retiro para los años 1997 a 2004, ordenado en sentencias judiciales proferidas por el H. Consejo de Estado, los tribunales y juzgados administrativos; 2) o de la variación positiva que la Caja de Retiro realiza en la base de liquidación para cada uno de los grados, acordada mediante conciliación prejudicial o judicial, siendo esto, una clara aceptación de su implementación y vigencia (...)”.

retiro con aplicación del índice de precios al consumidor, conllevó a que se presara una variación en la base de la liquidación sobre la cual se liquidan las asignaciones de retiro, esta es la base real actual.

En su sentir, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares tiene dos bases de liquidación para las asignaciones de retiro de los Mayores Generales, una para quienes presentaron demanda ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y otra la que corresponde a la fijada por el Gobierno Nacional mediante decreto para el respectivo año, con lo cual se genera un tratamiento diferente entre iguales.

Enunció que, en su caso, se presenta una diferencia equivalente a \$1.251.410, lo que incide sobre la mesada, su capacidad de poder adquisitivo y, por demás, en su mínimo vital y calidad de vida.

Dijo que en su momento no acudió ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para que se le reajustara su asignación de retiro con la aplicación del índice de Precios al Consumidor en razón a que en el periodo 1997 a 2004 se encontraba en servicio activo y devengaba salario.

Comentó que 30 de octubre de 2012 le solicitó al Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares el reajuste de la base de liquidación para el cómputo de su asignación de retiro, de conformidad con las providencias del Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos en aplicación del derecho a la igualdad; sin embargo, por medio del acto acusado fue negada tal petición bajo el argumento de que el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 estableció que los oficiales y suboficiales no podían acogerse a normas que regulan ajustes de otros sectores de la administración pública.

1.2 Normas violadas y concepto de violación.

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

Constitución Política, preámbulo y artículos 1, 4, 13, 46, 48 y 53; Ley 923 de 2004, artículo 2.

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

Al momento en que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares liquidó inequitativamente las asignaciones pensionales, tomando diferentes bases de liquidación para establecer la mesada correspondiente a personas que ostentan un mismo grado, una de mayor valor para los que acudieron a la jurisdicción contenciosa administrativa (base real actual) y una de menor valor (base legal) para quienes se les reconoció la asignación de retiro con posterioridad al año 2004, se está contraviniendo de manera directa los principios fundamentales propios tanto de un Estado Social de Derecho.

Aseguró que con la existencia de la denominada base real actual se altera la base de liquidación que se venía aplicando para la liquidación de las asignaciones de retiro, razón por la que se debe corregir el tratamiento inequitativo en la liquidación de su prestación, concretamente, para que la reliquidación de su mesada pensional se tome con fundamento en la liquidación realizada a un Mayor General que hubiese acudido a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para efectos de reliquidar la asignación de retiro con la aplicación del índice de precios al consumidor.

Expresó que la Caja de Retiro al negar el reajuste en los términos pretendidos, bajo el argumento de que no se podía acoger a normas que regulan ajustes de otros sectores de la administración pública, se desconoce que los decretos que expide el Gobierno Nacional para fijar las asignaciones básicas de los integrantes de la Fuerza Pública están en abierta contradicción con los preceptos constitucionales, pues su aplicación conlleva a la vulneración de un derecho fundamental como es el de la igualdad, en la medida en que a pesar de tener los mismos derechos, por el tratamiento dado recibe una mesada de menor valor.

1.3 Contestación de la demanda.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a través de su apoderado, contestó la demanda dentro de la oportunidad legal y solicitó negar las súplicas con fundamento en los siguientes argumentos⁶:

Dijo que los miembros de las Fuerzas Militares pertenecen a un régimen especial, el cual se establece que las asignaciones de retiro deben reajustarse anualmente de acuerdo a las variaciones que se introduzcan en los haberes pagados a los militares que se encuentren en servicio activo; para el efecto, el Gobierno Nacional mediante decreto anual, fija los incrementos de los sueldos básicos del personal en actividad, con lo cual se ve reflejado automáticamente en las asignaciones de retiro (principio de oscilación).

Destacó que si bien el demandante solicitó el reajuste de la asignación de retiro en aplicación de los incrementos que con base en los índices de precios al consumidor fueron realizados a las asignaciones de retiro de

⁶ Visible a folios 56 a 61 vto.

algunos militares a quienes por cumplimiento de los fallos judiciales se les modificó el valor del sueldo básico, no se puede desconocer que estas providencias surten efectos *inter-partes* y se aplican de conformidad a lo ordenado por el fallador en cada sentencia en específico.

Agregó que utilizar mecanismos, formulas o sistemas de liquidación diferentes al principio de oscilación, equivaldría a aplicar un sistema prestacional distinto al establecido para el régimen especial de la fuerza pública, pues justamente este principio se concibió con el fin de mantener el poder adquisitivo de la asignación de retiro y preservar el derecho a la igualdad entre militares en actividad y en retiro.

Enunció que el reajuste de las asignaciones de retiro de los militares obedece al cumplimiento de las normas posteriores a su reconocimiento, por lo tanto, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reajustó su prestación atendiendo el principio de oscilación, regulado en el régimen especial de las Fuerzas Militares y de conformidad con los decretos de aumento de salarios expedidos por el Gobierno Nacional anualmente.

Reiteró que con la escala gradual porcentual (Decreto 107 de 1996⁷) se fijaron los sueldos básicos para los miembros en servicio activo de las Fuerzas Militares y por consiguiente, en aplicación del principio de oscilación, los salarios base de liquidación de las asignaciones de retiro tienen en mismo sueldo básico en aplicación de la nivelación salarial ordenada por la Ley 4^a de 1992; bajo ese contexto, no es la asignación de un General, Coronel,

⁷ “(...) por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional, Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial. (...)”.

Mayor u otro oficial en específico la que se usa para fijar dicha escala, sino que se utiliza el parámetro fijado por el Decreto 107 de 1996.

Finalmente propuso las siguientes excepciones: prohibición de hacer extensivos a todos los militares los efectos de una sentencia *inter-partes*, ya que no es posible darle un alcance *erga omnes* a providencias que se refieren a circunstancias de hecho y de derecho particulares y específicas; no alteración de la escala gradual porcentual en virtud de fallos *inter-partes*, dado que las sentencias proferidas en el marco de demandas de nulidad y restablecimiento del derecho, son respuestas a peticiones individuales; indebida escogencia de la acción, ya que al pretender la modificación de la escala gradual porcentual, se debió demandar los decretos que la establecieron; carencia de objeto, habida cuenta que al demandante se le comenzó a reconocer la asignación de retiro desde el 4 de mayo de 2012, fecha para cual ya se habían proferido las sentencias que ordenaban la reliquidación de la asignación con fundamento en el IPC; y, no configuración del derecho a la igualdad, pues es el legislador quien establece los parámetros para el reajuste de las asignaciones de retiro.

1.4 La sentencia apelada⁸.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca; Sección Segunda, Subsección B⁹, mediante sentencia de 21 de mayo de 2014, negó las pretensiones de la demanda. Lo anterior por las razones que a continuación se pasan a exponer:

⁸ Visible a folios 140 a 145.

⁹ Con ponencia del Dr. Carmelo Perdomo Cuéter.

Dijo que no se puede acceder a las pretensiones del demandante habida cuenta que las providencias a las que se refiere, por medio de las cuales se ordenó el reajuste de la asignación de retiro de algunos Generales conforme los índices de precios al consumidor, no tienen el alcance de modificar los derechos por medio de los cuales el ejecutivo fijó los sueldos de los miembros de la fuerza pública, pues solo afectan la situación de los sujetos que actuaron dentro de dichos procesos, comoquiera que sus efectos son *inter partes*.

Agregó en relación con el test de igualdad, que no hay lugar a su estudio ya que durante los años 1997 a 2004 aquel se encontraba en servicio activo y, además, los efectos de los fallos que fueron dictados en procesos de nulidad y restablecimiento del derecho son *inter partes*.

1.5 El recurso de apelación¹⁰.

La parte demandante, por intermedio de su apoderado, interpuso recurso de apelación en contra del proveído anterior, bajo los siguientes argumentos.

Expresó que la base de liquidación que está solicitando es la que resulta del cumplimiento de las providencias judiciales, que ordenan el reajuste de las asignaciones de retiro con la aplicación de los índices de precios al consumidor. Lo anterior, por cuanto la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares ha venido actualizado la base de liquidación en cada uno de los grados pero solo en aquellos casos de oficiales y suboficiales que acudieron a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para reclamar este derecho, con

¹⁰ Visible a folios 152 a 165.

lo cual se generó una diferencia respecto de quienes no lo hicieron, como es su caso.

Anotó que el ente demandado viene aplicando bases diferentes de liquidación al personal que en la actualidad disfruta de su asignación de retiro, razón por la que se puede concluir que se le ha dado un trato discriminatorio que vulnera su derecho a la igualdad, en la medida en que su prestación es inferior a la que devengan los demás Mayores Generales a los cuales se le liquida en razón a una base actualizada superior, lo cual permite que dicha prestación no pierda el poder adquisitivo. Para demostrar lo anterior, realizó un test de igualdad del que concluyó que efectivamente se transgredió el derecho constitucional invocado.

Reiteró que no está pidiendo que su asignación de retiro sea reajustada de acuerdo con el IPC del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sino que se aplique la misma base de liquidación de los demás Mayores Generales.

Explicó el concepto del principio de la realidad sobre las formas¹¹, para concluir que en su caso se debió realizar la actualización de conformidad con el índice de precios al consumidor, pues es más favorable al momento de liquidar la asignación de retiro, tan es así que ha presentado fórmulas de conciliación prejudicial en las que ofrece dicha actualización, lo cual se configura en una manifestación expresa del reconocimiento de la omisión del deber legal de efectuar los reajustes como él lo solicita.

II. CONSIDERACIONES

Planteamiento del problema jurídico

¹¹ Establecido en el artículo 53 de la Constitución Política.

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 reliquidar la asignación de retiro del señor Hernán Cadavid Barco, teniendo en cuenta para el efecto, la asignación básica mensual de un Mayor General en retiro que hubiese obtenido por sentencia judicial el reajuste de aquella con fundamento en el índice de precios al consumidor –IPC-.

Bajo ese contexto, 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) 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 19¹² *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.

¹² “(...) **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 (...)”.

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 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 217¹³ de la Constitución Política.

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

¹³ “(...) 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 (...)”.

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 4 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 4 de 1992 preceptúa que cualquier régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones previstas en la Ley 4 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 4 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 sentencia¹⁴, 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

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 17 de mayo de 2007, radicado 8464-2005 C. P. Dr. Jaime Moreno García.

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.

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 48¹⁵ y en el inciso tercero del artículo 53¹⁶, derecho que a juicio de la Sala 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 reliquidación solicitada por el demandante, esto es, teniendo en cuenta la asignación básica mensual de un Mayor General en retiro que hubiese obtenido por sentencia judicial el reajuste de aquella con fundamento en el índice de precios al consumidor –IPC-

¹⁵ “La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.”.

¹⁶ “El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.”.

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 Hernán Cadavid Barco: (i) ingresó al servicio del Ejército Nacional el 13 de enero de 1969; (ii) fue retirado del servicio por llamamiento a calificar servicios el 25 de julio de 2005 ostentando el grado de Mayor General; y, (iii) por medio de la Resolución 1986 de 16 de junio de 2005 le fue reconocida la asignación de retiro a partir del 26 de julio de 2005 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 ley¹⁷.

También está acreditado que el ente demandado le negó la reliquidación de la asignación de retiro al señor Hernán Cadavid Barco por considerar que el reajuste de ésta se efectúa con fundamento en los incrementos de los sueldos básicos del personal en actividad, razón por la que si se utilizaba un mecanismo diferente, equivaldría a aplicar un sistema prestacional distinto al establecido en el régimen especial de la Fuerza Pública¹⁸.

Bajo los referidos presupuestos de la relación laboral del demandante en el Ejército Nacional, entonces, es válido afirmar que no hay lugar a ordenar la reliquidación solicitada, 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 Mayor General

¹⁷ Información tomada de la Resolución 1986 de 2005 visible a folios 11 a 13 del expediente.

¹⁸ Información tomada del Oficio 60996 de 29 de noviembre de 2012, suscrito por la Subdirectora de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, visible a folio 9 del expediente.

en servicio activo y no con base en la prestación reconocida a un Mayor General en situación de retiro.

Por la misma razón, considerar que se puede reliquidar la prestación del demandante a partir a la de un Mayor General 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*¹⁹ de las sentencias en los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, además, porque entre otras, durante los años 1997 a 2004 éste se encontraba en servicio activo y, por lo mismo, su prestación no había sufrido ninguna pérdida de la capacidad adquisitiva.

Ahora bien, para efectos de establecer si al señor Hernán Cadavid Barco le fue vulnerado su derecho a la igualdad, es necesario señalar que el artículo 13²⁰ de la Constitución Política reguló la igualdad frente a la ley y, además, el 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.

¹⁹ “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. (...).”

²⁰ “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”.

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 Constitucional²¹ en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, ha acudido a herramientas metodológicas especiales tales como el *test de igualdad*²², 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*²³ que menciona la Corte Constitucional, como uno de las etapas para definir la vulneración alegada.

Es más, si bien el apoderado del demandante allegó un informe de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en el que se relacionan los sueldos básicos

²¹ Sentencia C-015 de 2014.

²² 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.

²³ Corte Constitucional. Sentencia C-862 de 2008.

reajustados al personal militar con ocasión de las sentencias de IPC²⁴, ésta información no arroja datos acerca de los casos particulares que dieron lugar a ello que permitan establecer si el señor Hernán Cadavid Barco sufrió un trato discriminatorio; además se insiste, durante los años 1997 a 2004 se encontraba en servicio activo.

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 negó las súplicas de la demanda.

Finalmente, y atendiendo el criterio de especialización laboral, se le atribuye la competencia a la Sección Segunda de esta Corporación y a la Subsección que le corresponde de acuerdo al reparto, en virtud de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 del 2003, no obstante, en el caso *sub examine* se evidencia que los Consejeros César Palomino Cortés y Carmelo Perdomo Cuéter se encuentran impedidos para conocer del presente asunto, con fundamento en la causal prevista en el numeral 2º del artículo 141 del Código General del Proceso, toda vez que conocieron el proceso de la referencia, cuando hicieron parte de la Sala que profirió la providencia en primera instancia que negó las pretensiones en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

²⁴ Visible a folio 19.

Por lo anterior, la Sala que decidirá esta sentencia será integrada por la ponente y los Consejeros que integran la Sección Segunda, Subsección A, de esta Corporación.

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

FALLA

PRIMERO: ACEPTAR los impedimentos manifestados por los Consejeros César Palomino Cortés y Carmelo Perdomo Cuéter.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de 23 de abril de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B²⁵, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por el señor Hernán Cadavid Barco en contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, de conformidad a lo expuesto a la parte motiva de la presente providencia.

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.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

²⁵ Con ponencia del Dr. Carmelo Perdomo Cuéter.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ