



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCIÓN SEGUNDA**  
**SUBSECCIÓN A**  
**CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

Bogotá D. C., cinco (5) de abril de dos mil dieciocho (2018).

**Radicación: 54001-23-33-000-2013-00375-01 (1770-2015)**

**Demandante: FRANCO YESID PEÑA MAJE**

**Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**

SO. 0061

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 247<sup>1</sup> del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 5 de febrero de 2015, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Norte de Santander negó las súplicas de la demanda incoada por el señor Franco Yesid Peña Maje contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

### ANTECEDENTES

#### **El medio de control**

El señor Franco Yesid Peña Maje, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 138 del CPACA, solicitó la nulidad del Oficio 320, consecutivo 61000, de 29 de noviembre de 2012 mediante el cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le negó el reajuste y reliquidación de la asignación de retiro.

<sup>1</sup>«Artículo 247. Trámite del recurso de apelación contra sentencias. El recurso de apelación contra las sentencias proferidas en primera instancia se tramitará de acuerdo con el siguiente procedimiento: (...) 4. Admitido el recurso o vencido el término probatorio si a él hubiere lugar, el superior señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días. Si el Magistrado Ponente considera innecesaria la celebración de audiencia ordenará, mediante auto que no admite recurso alguno, la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de los veinte (20) días siguientes. Vencido el término que tienen las partes para alegar, se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente. (...)».

Radicación: 54001-23-33-000-2013-00375-01 (1770-2015)

Demandante: Franco Yesid Peña Maje

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad solicitada y a título de restablecimiento de derecho, pidió que se ordene a la demandada que liquide su asignación de retiro de acuerdo con la «base real actual»<sup>2</sup> que se viene aplicando para el grado de teniente coronel; que le pague en forma indexada los dineros correspondientes a la diferencia entre la liquidación solicitada y las sumas canceladas por concepto de dicha asignación desde el momento en que le fue reconocida y hasta la fecha en que se efectúe el pago; que le cancelen los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento dejados de percibir desde que se generó el derecho a la asignación a partir del 4 de septiembre de 2009 hasta la ejecutoria de la respectiva sentencia, según los artículos 192 y 195 del CPACA; y que se condene en costas y agencias del derecho a la parte demandada.

### **Fundamentos fácticos<sup>3</sup>**

En el acápite de hechos indicó que la demandada, a través de la Resolución 2040 de 23 de julio de 2009, le reconoció una asignación de retiro por el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 14 del Decreto 4433 de 2004 y que para la liquidación de la misma tomó un monto inferior a la «base real actual» que se aplica a la mayoría de retirados en grado de teniente coronel, razón por la cual solicitó su reajuste y reliquidación.

El 30 de octubre de 2012, pidió a la entidad el reajuste de la base de liquidación de su asignación de retiro y la indexación de los valores arrojados por la variación en dicha base de liquidación; esta petición le fue negada por medio de Oficio 320, consecutivo 61000 de 29 de noviembre de 2012, porque las asignaciones de retiro se reajustan de acuerdo con el principio de oscilación, es decir, en atención a los decretos del Gobierno Nacional que fijan la escala gradual porcentual.

---

<sup>2</sup> En la demanda, se señala que la base real actual de liquidación resulta de la variación positiva en la base de liquidación, sobre la cual se liquidan las asignaciones de retiro en la actualidad, producto del reajuste realizado por la Caja de Retiro a las asignaciones de retiro mediante la aplicación del índice de precios al consumidor para los años 1997 a 2004: Que ésta se logra al dársele cumplimiento a las sentencias judiciales proferidas, tanto por el Consejo de Estado como por los Tribunales y Juzgados Administrativos.

<sup>3</sup> Fols. 5 y 6.

Radicación: 54001-23-33-000-2013-00375-01 (1770-2015)  
Demandante: Franco Yesid Peña Maje  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

Finalmente, manifestó que presentó solicitud de audiencia de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación, diligencia que se llevó a cabo el 27 de septiembre de 2013, ante la Procuraduría 97 Judicial I Delegada ante los juzgados administrativos, y que se declaró fallida por falta de ánimo conciliatorio de la entidad convocada.

#### **Normas violadas y concepto de violación<sup>4</sup>**

Como **normas trasgredidas** citó el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 13, 48, 53 y 93 de la Constitución Política y los artículos 2, 2.4, 2.7 y 3.13 de la Ley 923 de 2004.

En cuanto al **concepto de la violación** explicó que la entidad demandada desconoció las normas constitucionales y legales en las que debía fundarse para la expedición del acto acusado, como quiera que las liquidaciones inequitativas de las asignaciones pensionales para personas que ostentan un mismo grado, contravienen de manera directa los principios fundamentales propios de un Estado Social de Derecho, y trae como consécuencia, el desconocimiento de la supremacía de la Constitución y sus postulados, entre ellos el de igualdad, pues la entidad demandada liquida la asignación de retiro a personas en el mismo grado de teniente coronel de dos formas distintas: a unos teniendo en cuenta la «base real actual» y a otros, como en su caso, la «base legal».

Aunado a ello, arguyó que no existe razón para este trato discriminatorio e inequitativo, por el contrario, a todos los coroneles debe aplicárseles la «base real actual» de acuerdo con el principio de favorabilidad constitucional y aclaró que, si bien la demandada se justifica en la implementación de los decretos presidenciales que fijan el aumento de la asignación básica de militares en servicio activo, estos deben inaplicarse por ser contrarios a la Carta Magna.

Argumentó, igualmente, que la demandada incurrió en falsa motivación por la

---

<sup>4</sup> Fols. 6 y s.s.

Radicación: 54001-23-33-000-2013-00375-01 (1770-2015)  
Demandante: Franco Yesid Peña Maje  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

incorrecta aplicación de los métodos de interpretación normativa de las reglas, normas y principios que gobiernan la materia asunto del proceso.

### **Contestación de la demanda<sup>5</sup>**

**La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares** a través de apoderada judicial, se opuso a las pretensiones y al efecto indicó, que si bien existen fallos judiciales mediante los cuales se ha ordenado el reajuste de la asignación de retiro de algunos oficiales o suboficiales con base en el IPC, dichos fallos surten efectos *inter partes* y se aplican de conformidad a lo ordenado por el juzgador en cada sentencia; que existen variaciones en el sentido de cada sentencia, que se ven reflejadas al momento de su cumplimiento, por lo que no se puede alegar que existe un porcentaje unificado o estándar de reajuste, como lo pretende hacer ver el demandante.

Asimismo, manifestó que la pretensión del accionante implica la modificación de la escala gradual porcentual, con base en la cual el Gobierno Nacional fija anualmente los sueldos básicos del personal de las Fuerzas Militares en actividad, que es aplicable a los militares en retiro, por efectos del principio de oscilación, pretensión que no es procedente por cuanto no es viable intentar modificar el contenido de un decreto presidencial a través de este medio de control.

Finalmente propuso como excepciones las que denominó «prohibición de hacer extensivos a todos los militares los efectos de una sentencia interpartes» (sic); «no alteración de la escala gradual porcentual en virtud de fallos interpartes» (sic); «indebida escogencia de la acción»; «carencia de objeto por la fecha de retiro»; «no configuración de violación al derecho a la igualdad»; «no configuración de la falsa motivación en las actuaciones de la caja de retiro de las fuerzas militares»; y «no configuración de causal de nulidad».

---

<sup>5</sup> Fols. 53

Radicación: 54001-23-33-000-2013-00375-01 (1770-2015)

Demandante: Franco Yesid Peña Maje

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

### **Trámite en primera instancia**

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante proveído de 25 de noviembre de 2014, fijó la audiencia inicial para el 5 de febrero de 2015. En dicha diligencia (i) fue saneado el proceso, (ii) fueron analizadas las excepciones previas y (iii) se **fijó el litigio** en los siguientes términos:

«(i)- ¿Si la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, vulneró el derecho a la igualdad y el principio de la primacía de la realidad, e incurrió en una falsa motivación, al negarle al demandante su solicitud de liquidar la asignación de retiro, con la base actualizada de mayor valor económico que viene aplicando a las asignaciones de retiro de los Tenientes Coroneles pensionados con anterioridad al año 1997, que se obtiene de aplicar a dicha base el IPC para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 238 de 1995, que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, así como también al precedente jurisprudencial del Consejo de Estado aludido por la parte demandante?»

(ii)- ¿Si el acto administrativo demandado, como es el Oficio No. 61000 del 29 de octubre del 2012, mediante el cual se negó liquidar la asignación de retiro con la base actualizada de mayor valor económico que viene aplicando a las asignaciones de retiro de los Tenientes Coroneles pensionados con anterioridad al año 1997, se encuentra ajustado a derecho o si por el contrario está viciado de nulidad?»<sup>6</sup>

Igualmente, en la mencionada diligencia, (iv) resolvió prescindir de la celebración de la audiencia de pruebas y (v) integró la respectiva Sala de Decisión para proceder a escuchar alegaciones y dictar sentencia (inciso final art.179 CPACA).

### **La sentencia apelada**

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander en sentencia de 5 de febrero de 2015 negó las pretensiones de la demanda<sup>7</sup>, para lo cual describió el marco jurídico y jurisprudencial de los reajustes por IPC para quienes se jubilaron durante los años 1997 a 2004.

Con relación a las sentencias de nulidad y restablecimiento del derecho en las que se ha condenado a la demandada a reajustar la asignación de retiro a algunos

<sup>6</sup> Folio 115 del expediente.

<sup>7</sup> Fols. 111 y s.s.

Radicación: 54001-23-33-000-2013-00375-01 (1770-2015)  
Demandante: Franco Yesid Peña Maje  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

tenientes coroneles con base en el IPC, señaló que éstas tienen efectos *inter partes*, es decir solo benefician a quien demandó y no tienen la vocación de modificar la escala gradual porcentual ni los incrementos anuales del personal de la Fuerza Pública, porque esta facultad es exclusiva del legislador.

Precisó que no podía analizarse la violación del derecho a la igualdad, en tanto que éste se predica entre iguales y era evidente que el demandante solo se había retirado de la entidad a partir del año 2009, siendo su caso disímil al de aquellos que se jubilaron antes de 2004, para quienes existió una diferencia que debió ser saldada a través de las sentencias judiciales que condenaron al reajuste por IPC.

Con lo anterior, el demandante no tiene derecho a ningún incremento y/o reajuste adicional, como quiera que no ostentaba la calidad de retirado entre los años 1997 y 2004.

Declaró probadas las excepciones de fondo de «No alteración de la Escala Gradual Porcentual en virtud de fallos interpartes, No configuración de violación del derecho a la igualdad y la Carencia de objeto por la fecha de retiro por los motivos expuestos en la presente providencia y No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares».

Finalmente, resolvió condenar en costas al demandante de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso.

### **La apelación**

El apoderado del accionante interpuso recurso de alzada<sup>8</sup>, porque en su sentir tiene derecho a que su asignación de retiro sea liquidada conforme se hizo respecto de los demás integrantes de la Fuerza Pública que ostentan el mismo grado de teniente coronel, es decir, que se tenga en cuenta para dichos efectos la «base actualizada de mayor valor económico». Y con base en un *test* de igualdad,

---

<sup>8</sup> Fols. 125 y s.s.

Radicación: 54001-23-33-000-2013-00375-01 (1770-2015)  
Demandante: Franco Yesid Peña Maje  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

afirmó que la demandada le ha dado un trato discriminatorio que vulnera ese derecho, en la medida en que su asignación de retiro es inferior a la que devengan los demás retirados con grado de coronel a los cuales se les liquida con una base actualizada superior, lo cual permite que dicha prestación no pierda el poder adquisitivo.

Además, manifestó que no está solicitando que la asignación de retiro se reajuste de acuerdo con el IPC del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sino que pide se aplique la misma base de liquidación de los demás tenientes coroneles, que es más favorable por ser superior.

Insistió en que «El hecho de haberse configurado una base de liquidación mayor (...) para la liquidación de las asignaciones de retiro correspondiente a cada grado (...), no ha sido una prerrogativa obtenida por ser el régimen de la Fuerza Pública especial, ni un beneficio ni una prebenda, sino es el resultado, del restablecimiento de un derecho de orden constitucional, que se ordena mediante providencia judicial, es decir, si la Caja de Retiro, hubiera cumplido con su obligación de hacer los reajustes anuales en los porcentajes indicados año a año, en el periodo comprendido entre 1997 a 2004, la base resultante sería igual a la que se configura de la aplicación de las providencias judiciales, y en el momento sólo existiría un sola base para cada grado y no se estaría acudiendo a esta corporación para que la asignación de retiro de mi poderdante se liquidara con la base actualizada de mayor valor económico, porque habría una de conformidad con la ley» (sic) (fol. 128).

### **Trámite en segunda instancia**

Por autos calendados el 8 de septiembre de 2015 y el 24 de octubre de 2016<sup>9</sup>, este despacho resolvió admitir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 5 de febrero de 2015 y correr traslado para alegatos de conclusión en segunda instancia, respectivamente.

---

<sup>9</sup> Folio 151 y 156 del expediente.



Radicación: 54001-23-33-000-2013-00375-01 (1770-2015)  
Demandante: Franco Yesid Peña Maje  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

Mediante escrito **la apoderada judicial del demandante** ratificó los argumentos expuestos en la demanda y agregó que en la actualidad para los miembros de la Fuerza Pública se está presentando el fenómeno de la degradación remunerativa en comparación con otros miembros cuyas asignaciones de retiro se reajustaron a través de providencias judiciales, por cuanto personas con inferior grado perciben sumas superiores a las que les corresponden.

El **Ministerio Público** a través de la procuradora segunda delegada ante esta Corporación, señaló que la decisión del tribunal se debe confirmar en razón a que se evidenció que el demandante no logró acreditar que con la expedición del acto administrativo acusado se hubiesen vulnerado sus derechos para poder reclamar válidamente el reajuste de su asignación de retiro con una base de liquidación que resulta del acatamiento de providencias judiciales que ordenan el reajuste de tales asignaciones con aplicación del IPC, toda vez que, de un lado su retiro del cargo de teniente coronel se produjo de manera voluntaria y, de otro, si pretendía la extensión de los efectos de una sentencia judicial, debió iniciar el trámite del mecanismo de extensión de jurisprudencia consagrado en el artículo 102 del CPACA.

En cuanto a la condena en costas, indicó que «el *A quo* no expuso ningún argumento para imponer la condena en costas a la demandada (sic), ni lo fundamenta como señala el artículo 280 del Código General del Proceso» (fol. 178).

**La entidad demandada** guardó silencio.

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

Radicación: 54001-23-33-000-2013-00375-01 (1770-2015)

Demandante: Franco Yesid Peña Maje

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

## CONSIDERACIONES

### Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y con lo previsto en los artículos 11, 12, 34 y 36 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, así como con el artículo 150 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA)<sup>10</sup> y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 expedido por la Sala Plena de esta Corporación<sup>11</sup>, la Sección Segunda del Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

### Problema jurídico

De los fundamentos expuestos en la sentencia de primera instancia y los argumentos que sustentaron la apelación, le corresponde a esta Sala de Subsección determinar si la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares vulneró el derecho a la igualdad del señor Franco Yesid Peña Maje por la aplicación de una base inferior de liquidación de su asignación de retiro, comparada con la utilizada para otros retirados que ostentan su mismo grado de coronel, a quienes por orden judicial les fue reajustada con base en el IPC.

De encontrarse probada la transgresión se estudiará si la asignación de retiro del demandante debe ser reajustada teniendo en cuenta la base de liquidación superior a la que afirma tiene derecho.

Con el fin de desatar la cuestión litigiosa, se analizará el marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso y lo contrastará con las pruebas obrantes en el expediente.

---

<sup>10</sup> Modificado por el artículo 615 del Código General del Proceso.

<sup>11</sup> Modificado por el artículo 1.º del Acuerdo 55 de 2003.



Radicación: 54001-23-33-000-2013-00375-01 (1770-2015)  
Demandante: Franco Yesid Peña Maje  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

## **Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso**

### **La asignación de retiro de las fuerzas armadas y su reajuste**

En atención a la naturaleza jurídica de la asignación de retiro, se precisa que tanto esta Corporación como la Corte Constitucional en su jurisprudencia le han reconocido a la asignación de retiro el carácter de una pensión como la de vejez o de jubilación.

Así ocurrió en sentencia C-432 de 2004, mediante la cual el Alto Tribunal Constitucional señaló, que 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 particular del servicio y las funciones que cumplen los servidores públicos a quienes se les reconoce. Y el Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que la asignación de retiro es el término utilizado por el legislador para referirse a la pensión de vejez de los miembros de la Fuerza Pública, que se encuentra consagrada en un régimen especial, cuyos destinatarios son el personal que las normas determina claramente.

En cuanto al reajuste de las asignaciones de retiro, el Decreto 1211 de 1990, «Por el cual se reforma el estatuto del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares», en su artículo 169, estableció la forma como deben reajustarse la asignación de retiro y las pensiones relativas al régimen de las Fuerzas Militares, así:

**«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

Radicación: 54001-23-33-000-2013-00375-01 (1770-2015)

Demandante: Franco Yesid Peña Maje

Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

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».

De igual manera lo consagró el artículo 151 del Decreto 1212 de 1990<sup>12</sup>, por el cual se reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional, de tal forma que, a la luz de estas disposiciones, quedó establecido el sistema de reajuste y la prohibición de utilizar otro régimen, «salvo autorización expresa», lo cual significa que sí es factible la aplicación de normas generales de la administración a los casos sometidos a un régimen especial militar, cuando la ley expresamente lo autorice.

Ahora bien, la Ley 100 de 1993, «Por la cual se creó el sistema de seguridad social integral», en el artículo 14, previó el reajuste de las pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor (IPC). La norma prescribe:

**«Artículo. 14. 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».

Y si bien es cierto que, en un principio el régimen de seguridad social integral (Ley 100 de 1993) excluyó, entre otros servidores, a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional de la aplicación de dicho régimen, al consagrar en el artículo 279 que «[e]l Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la

<sup>12</sup> «Artículo 151. Oscilación de asignaciones de retiro y pensiones. 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 140 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 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 Coroneles, 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 140 de este Decreto.»

Radicación: 54001-23-33-000-2013-00375-01 (1770-2015)  
Demandante: Franco Yesid Peña Maje  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional [...]», no es menos cierto que con posterioridad dicha norma fue adicionada en el parágrafo 4 por disposición expresa del artículo 1 de la Ley 238 de 1995, así:

«**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».

Es decir, que con la entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995, las personas pertenecientes a los regímenes excluidos por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, como es el caso del personal de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, pudieron acceder a los beneficios contemplados por el artículo 14 y 142 *ibidem*, y en consecuencia, tener derecho a que se les reajusten sus mesadas pensionales de conformidad con la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE.

Entonces, a partir de esta ley y hasta el momento en que entró en vigencia el Decreto 4433 de 2004, que restableció nuevamente el principio de oscilación, los integrantes de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional tienen derecho al reajuste de acuerdo con la variación porcentual del IPC, posición que ha sido reiterada por esta Sección como se advierte, entre otras, en sentencia del 21 de agosto de 2008, con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve<sup>13</sup>, donde se precisó:

«En tales circunstancias, el ajuste de pensiones y asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública debe hacerse conforme al I.P.C. de que trata el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, por remisión expresa que hiciera el propio Legislador en la Ley 238 de 1995.

A lo anterior se agrega, que además de la aplicación del ajuste del I.P.C. por remisión expresa del Legislador, la Sala también llegó a tal conclusión en razón del principio constitucional de favorabilidad que, por lo general, gobierna a los regímenes especiales, como es el caso de los miembros de la Fuerza Pública.

---

<sup>13</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 21 de agosto de 2008. Radicación: 0663-08.

Radicación: 54001-23-33-000-2013-00375-01 (1770-2015)  
Demandante: Franco Yesid Peña Maje  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

[...]

En ese orden, el ajuste de las asignaciones de retiro a partir del año de 1995 deberá hacerse con fundamento en el I.P.C. que certifique el DANE; fórmula aplicable hasta el año de 2004, en razón de que el propio Legislador volvió a consagrar el sistema de oscilación como la forma de incrementar las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, a través del artículo 3 [3.13] de la Ley 923 de 2004, el cual fue reglamentado por el artículo 42 del Decreto 4433 del mismo año [...].

También se ha ratificado en varias oportunidades la imprescriptibilidad del derecho al reajuste de la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, al indicar que es viable que el interesado pueda solicitar el reconocimiento en cualquier tiempo, pero aclarando que el pago de las mesadas no tiene tal carácter, por lo que resulta aplicable la prescripción de las mismas, ya sea trienal o cuatrienal de acuerdo con el caso en concreto. Al respecto se señaló:

«También se observa que mediante el recurso de apelación el demandante hizo referencia a la imprescriptibilidad de los derechos pensionales, en torno a este aspecto esta Sala ha indicado lo siguiente<sup>14</sup>:

“como ya lo ha reiterado esta Corporación, el legislador le ha dado ese carácter a esta prestación y, por ello, es viable que el interesado pueda elevar solicitud de reconocimiento de su derecho en cualquier tiempo; sin embargo, el pago de las mesadas no tienen tal carácter y a éstas les resulta aplicable la prescripción extintiva de que habla la norma transcrita.”

Con base en el anterior criterio, encuentra la Sala que el *derecho* al reajuste de la asignación de retiro del actor no prescribe en cuanto derecho pensional y, por lo tanto, debe realizarse a partir de 1997, como lo solicitó, en tanto le sea más favorable la aplicación de la actualización con base en el IPC respecto del sistema de oscilación, toda vez que este último en algunos años estuvo por encima del IPC; sin embargo, se reitera, hay lugar a la aplicación de la prescripción cuatrienal sobre el *pago* de las diferencias causadas en las mesadas pensionales con motivo del reconocimiento de este derecho, de conformidad con las consideraciones anteriormente expuestas»<sup>15</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, se concluye que si bien es cierto que se estableció nuevamente el sistema de oscilación como forma de incrementar las asignaciones

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 26 de febrero de 2009 Radicación 1141-2008. Demandante: Nicéforo Hernández Niño.

<sup>15</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 11 de junio de 2009. Radicación:1091-08.



Radicación: 54001-23-33-000-2013-00375-01 (1770-2015)  
Demandante: Franco Yesid Peña Maje  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con el Decreto 4433 del 2004, también lo es que no permaneció inmutable la mesada pensional, en atención a que el incremento que sufra la asignación de retiro con base en el IPC en el año 2003 afectará el periodo 2004 y el incremento que sufra la mesada con base en el IPC en el año 2004 afectará el periodo 2005, y así sucesivamente.

Ahora bien, para la Sala es necesario advertir que la cuantía de la asignación de retiro depende del valor inicialmente reconocido por ser éste la base y los reajustes pensionales afectan el monto de las mesadas posteriores.

### **Del derecho a la igualdad**

El derecho a la igualdad está consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, que dispuso:

«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».

La Corte Constitucional ha señalado que la igualdad se concibe como un principio y un derecho. Un principio dispuesto en el preámbulo y en el artículo 1 de la Constitución Política que implica su obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y un derecho subjetivo que se materializa en los deberes de abstención como la prohibición de la discriminación y en obligaciones de acción tales como la consagración de tratos favorables para grupos en circunstancias de debilidad manifiesta. En consecuencia, la correcta aplicación del derecho a la igualdad no solo supone la igualdad de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas entre los iguales, sino también el tratamiento desigual entre supuestos disímiles<sup>16</sup>.

También ha dicho ese alto tribunal que el análisis del derecho a la igualdad parte de una concepción relacional que se construye en las situaciones concretas, de tal

<sup>16</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-862 de 2008.

Radicación: 54001-23-33-000-2013-00375-01 (1770-2015)  
Demandante: Franco Yesid Peña Maje  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

suerte que el intérprete tiene que definir y aplicar tres etapas: i) debe establecer cuál es el criterio de comparación porque antes de conocer si se trata de supuestos iguales o diferentes en primer lugar debe conocer si aquellos son susceptibles de comparación y si se comparan sujetos de la misma naturaleza; ii) debe definir si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe tratamiento desigual entre iguales o igual entre disímiles y, iii) debe averiguar si el tratamiento distinto está constitucionalmente justificado, eso es, si las situaciones objeto de comparación, desde la Constitución, ameritan un trato diferente o deben ser tratadas en forma igual.

Bajo los anteriores parámetros, se estudiará a continuación el caso concreto.

#### **De lo probado en el proceso**

En el *sub lite* se probó que al señor Franco Yesid Peña Maje le fue reconocida la asignación de retiro a través de la Resolución 2040 de 23 de julio de 2009, expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a partir del 4 de septiembre de esa misma anualidad, de conformidad con los artículos 13 y 14 del Decreto 4433 de 2004, es decir «en cuantía del 78% del sueldo de actividad correspondiente a su grado, cuyos valores deben liquidarse de acuerdo al sueldo básico, según lo dispuesto en el Decreto 737 de 2009, para el cómputo de las partidas [...]»<sup>17</sup>

Mediante escrito radicado el 30 de octubre de 2012, el apoderado del demandante solicitó: (i) la liquidación de la asignación de retiro con fundamento en la base de liquidación que CREMIL viene utilizando para liquidar las asignaciones de retiro de los tenientes coroneles a quienes se les reconoció antes de 1997; (ii) el reajuste de su asignación de retiro año por año a partir del 2008, con los nuevos valores que arroje la reliquidación sobre la nueva base de liquidación y, (iii) el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre el reajuste solicitado y las sumas canceladas por concepto de asignación de

---

<sup>17</sup> Folios 38 y s.s. del expediente.

Radicación: 54001-23-33-000-2013-00375-01 (1770-2015)  
Demandante: Franco Yesid Peña Maje  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

retiro desde el año 2008 hasta la fecha que sea reconocido el derecho deprecado<sup>18</sup>.

A través de Oficio 320, consecutivo 61000 de 29 de noviembre de 2012, proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se negó la petición de reajuste referida<sup>19</sup>.

De igual manera se allegó el Oficio 21756 de 28 de marzo de 2011 expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, donde consta la información sobre los incrementos anuales reconocidos a los oficiales, por grados, para el año 2010<sup>20</sup>.

Advierte la Sala que las pruebas referencias no brindan certeza acerca de la violación del derecho a la igualdad del actor, pues no está acreditado en el proceso que a otra persona en la misma situación se le haya dado un trato diferente.

En efecto, la tesis en la que el demandante sustenta el recurso de alzada, propone la violación del derecho a la igualdad pero respecto de quienes se retiraron antes de 2004 y ostentaron el grado de teniente coronel; sin embargo, su situación es totalmente diferente, pues por solicitud propia se retiró en el año 2009, con 22 años de servicio y al amparo de lo señalado por los Decretos 4433 de 2004 y 737 de 2009, con lo que su caso no es de aquellos cuyas asignaciones de retiro, reconocidas antes de 2004, debieron reajustarse con base en el IPC por orden judicial.

Además, la Sala estima que si bien pueden existir diferencias entre las asignaciones de retiro que reciben unos y otros retirados que ostenten el mismo grado, ello tiene justificación en que la norma que gobierna la asignación de cada uno es diferente y su asignación se ha determinado por el tiempo de servicio y los haberes que cada uno percibió en actividad, sin que pueda considerarse que a

<sup>18</sup> Folios 30 y s.s. del expediente.

<sup>19</sup> Folio 36 y s.s. del expediente.

<sup>20</sup> Folio 46 y s.s. del expediente.

Radicación: 54001-23-33-000-2013-00375-01 (1770-2015)  
Demandante: Franco Yesid Peña Maje  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

causa de la existencia del sistema de oscilación deba existir identidad en la asignación de retiro que reciben la totalidad de retirados en el mismo grado. Lo anterior supone la imposibilidad de establecer el *tertium comparationis*<sup>21</sup> que menciona la Corte Constitucional, como uno de las etapas para definir la vulneración alegada.

En ese orden de ideas, si bien el apoderado del demandante allegó un escrito de CREMIL en el que se relacionan los sueldos básicos reajustados al personal militar con ocasión de las sentencias de IPC<sup>22</sup>, esta información no arroja datos acerca de los casos particulares que dieron lugar a ello que permitan establecer si sufrió un trato discriminatorio.

No se acreditó entonces que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares utilizara dos bases de liquidación diferentes para el mismo grado, como lo afirma el actor, pero por el contrario sí está demostrado, en la Resolución 2040 de 23 de julio de 2009<sup>23</sup>, que la mencionada entidad, cuando reconoció la asignación de retiro al demandante, lo hizo dentro del marco legal aplicable.

En conclusión, toda vez que no se encontró configurada la transgresión aludida (al principio de igualdad) y por lo tanto como se vio, la asignación fue reconocida conforme a las normas que regulan su situación, de acuerdo con los valores devengados por el actor en servicio activo, se confirmará la decisión apelada.

Finalmente, esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016<sup>24</sup>, respecto de la condena en costas, **en vigencia del CPACA**, concluyó que la legislación avanzó de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo; por lo que en el presente asunto no

<sup>21</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-862 de 2008.

<sup>22</sup> Folio 46 del expediente.

<sup>23</sup> Folios 38 y s.s. del expediente.

<sup>24</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Radicación. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014). Consejero ponente doctor Gabriel Valbuena Hernández. En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 7 de abril de 2016. Radicación. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). Consejero ponente doctor William Hernández Gómez.



Radicación: 54001-23-33-000-2013-00375-01 (1770-2015)  
Demandante: Franco Yesid Peña Maje  
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

hay lugar a imponer dicha condena en costas, como quiera que no se presentó intervención alguna de la parte demandada durante el trámite de segunda instancia, de acuerdo con el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### FALLA

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de 5 de febrero de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander que negó las pretensiones instauradas por el señor Franco Yesid Peña Maje contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

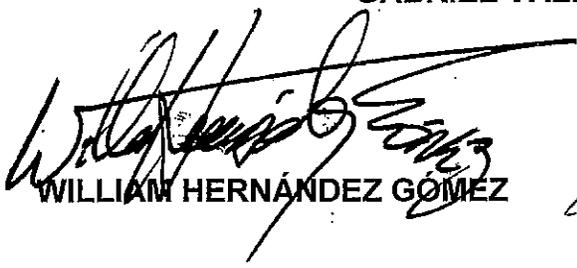
**SEGUNDO: SIN CONDENAS** en costas de segunda instancia.

En firme esta decisión, envíese al tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

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

  
GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

  
WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

  
RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS