

ASIGNACIÓN DE RETIRO – De las fuerzas militares y su reajuste / ASIGNACIÓN DE RETIRO –Reajuste con base al índice de precios al consumidor / REAJUSTE A LA ASIGNACIÓN DE RETIRO – Se puede presentar en cualquier tiempo / PRESCRIPCIÓN – Mesada pensional / ASIGNACIÓN DE RETIRO –Asimilación a pensión de vejez o jubilación

En atención a la naturaleza de la asignación de retiro, la Sala precisa que tanto esta Corporación como la Corte Constitucional en su jurisprudencia han reconocido a las asignaciones 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 la asignación de retiro 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. En ese sentido, el Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que la asignación de retiro es el término del legislador utilizado para referirse a la pensión de vejez de los miembros de la Fuerza Pública. Igualmente que esa prestación se encuentra consagrada en un régimen especial, cuyos destinatarios son el personal que ella determina claramente. En cuanto a su reajuste, 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 debe reajustarse la asignación de retiro y las pensiones relativas al régimen de las Fuerzas Militares, (...) De igual manera lo consagró el artículo 151 del Decreto 1212 de 1990, 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 expresa 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 el Índice de Precios al Consumidor, y creó una mesada pensional adicional para los pensionados. (...) Y si bien es cierto, 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 «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...», no es menos cierto que con posterioridad dicha norma fue adicionada en el párrafo 4º por disposición expresa del artículo 1º de la Ley 238 de 1995. (...) 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 ibídem, 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 se expidió el Decreto 4433 de diciembre de 2004, que restableció nuevamente la oscilación, los integrantes de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional tienen derecho al reajuste de acuerdo con el IPC, posición que ha sido reiterada por esta Sección. (...) 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 de su derecho en cualquier tiempo, con la aclaración 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. (...) De acuerdo con lo cual se concluye que la solicitud de reajuste de las asignaciones de retiro puede ser presentada en cualquier momento,

pero el pago de las mesadas está sujeto a la prescripción.

ASIGNACIÓN DE RETIRO – Derecho a la igualdad / DERECHO A LA IGUALDAD – No vulnerado / BASE DE LIQUIDACIÓN – Marco legal aplicable

No se acreditó entonces que CREMIL utilizará dos bases de liquidación diferentes para el mismo grado como lo afirma el actor, pero por el contrario sí está demostrado, en la Resolución No. 2253 de 2004, que CREMIL, cuando reconoció la asignación de retiro al demandante, lo hizo dentro del marco legal aplicable, en una cuantía del 95% del sueldo en actividad correspondiente a su grado para cuya liquidación se tuvo en cuenta las previsiones de los Decretos 1211 de 1990 y 3552 de 2003, como se observa, además en la hoja de servicios en folios 14 a 15 del cuaderno principal, expedida por el Ejército en la que constan las partidas computables para esos efectos.

Por otra parte, sea del caso aclarar que ya ésta Subsección, en oportunidades anteriores, ha precisado que la base de liquidación se establece por una sola vez en el momento en que se reconoce la asignación de retiro, el 22 de julio de 2004 en el sub examine, y a partir de ese instante se determina el monto de la prestación, que difiere del incremento que se realiza cada año, **que para el demandante corresponde al año 2005 bajo el imperio de la disposición contemplada en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, a cuyo tenor «[...] Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente [...]»** En conclusión y toda vez que no se encontró configurada la transgresión aludida y como se vio, la asignación fue reconocida en el marco legal aplicable, de acuerdo con los valores devengados por el actor en servicio activo, no se hace necesario resolver el segundo cuestionamiento planteado y la Sala confirmará la decisión apelada, no sin antes manifestar que, en todo caso, los derechos prestacionales provienen de las disposiciones legales que los consagran y en ningún caso por la exclusiva violación del derecho a la igualdad, en caso de suceder esto.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1211 DE 1990 / DECRETO 3552 DE 2003 / DECRETO 4433 DE 2004

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., dos (2) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 25000-23-42-000-2013-04795-01(2781-14)

Actor: PEDRO ANTONIO VILLAMIZAR CAPACHO

Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

Asunto: Reajuste de asignación de retiro. Ley 1437 de 2011.

La Sala de Subsección A decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 11 de abril de 2014 proferida por la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las súplicas de la demanda presentada por el señor PEDRO ANTONIO VILLAMIZAR CAPACHO en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL).

ANTECEDENTES

1.1.- PRETENSIONES[1].

PEDRO ANTONIO VILLAMIZAR CAPACHO, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), solicitó la nulidad del acto administrativo No. 0032617 de fecha 26 de junio de 2013 proferido por CREMIL mediante el cual le niega el reajuste y reliquidación de la asignación de retiro.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad y a título de restablecimiento de derecho, pidió que se ordenara a CREMIL, la liquidación de su asignación de retiro de acuerdo con la «base real actual» que aplica para el grado de coronel.

En ese sentido, pidió el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre la liquidación solicitada y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro, a partir del momento en que le fue reconocida dicha prestación y hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado.

De esa misma forma, solicitó el pago de los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento dejados de pagar desde el momento en el que se generó el derecho de la asignación de retiro, a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la forma y términos señalados en los artículos 192 y 195 CPACA.

Adicionalmente, requirió que se condenara en costas y agencias del derecho a la parte demandada.

1.2.-HECHOS[2]

CREMIL, a través de Resolución No. 2253 de 2004, le reconoció asignación de retiro al señor PEDRO ANTONIO VILLAMIZAR CAPACHO previo el cumplimiento de los requisitos exigidos en el Decreto 4433 de 2004.

Para la liquidación de la prestación referida, la demandada tomó como base un monto inferior a la «base real actual» que se aplica a la mayoría de retirados en grado de coronel, razón por la cual solicitó su reajuste y reliquidación.

El día 26 de junio de 2013, por medio de acto administrativo No. 0032617, la Subdirectora de Prestaciones Sociales de CREMIL decidió negar la petición pues señaló que las asignaciones de retiro se reajustan de acuerdo con el principio de oscilación dispuesto en el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990, es decir, en atención a los decretos del Gobierno Nacional que fijan el aumento de las mismas.

1.3.- DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN[3]

Se invocó en la demanda la violación de las siguientes disposiciones normativas: preámbulo y

artículos 1, 4, 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política y los artículos 2 y 2.7 de la Ley 923 de 2004.

Como concepto de violación, el apoderado del demandante indicó que el acto administrativo acusado vulneró el derecho fundamental a la igualdad pues CREMIL liquida la asignación de retiro a personas en el mismo grado de coronel de dos formas distintas: a unos teniendo en cuenta la «base real actual» y a otros, como el accionante, la «base legal».

Expresó que la «base legal» que se tuvo en cuenta en el caso del actor es significativamente menor a la «base real actual» con la que se liquidó a los coroneles que se les reconoció la asignación de retiro a partir de 2004, situación que transgrede los derechos al mínimo vital y vida digna de su poderdante. Además de suponer una pérdida del valor adquisitivo de la mesada pensional reconocida.

Aseguró que no existe razón para este trato discriminatorio e inequitativo, por el contrario, debe emplearse a todos los coroneles 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.

De igual forma argumentó que dichos decretos presidenciales van dirigidos a los integrantes de la Fuerza Pública en servicio activo y no a los retirados como el caso del demandante, de modo que el acto reprochado está viciado por falsa motivación.

Aunado a lo anterior, señaló que en el acto demandado no existe correspondencia entre la decisión adoptada y los motivos de hecho y de derecho que se alegan para negar las solicitudes elevadas por el señor PEDRO ANTONIO VILLAMIZAR CAPACHO motivo por el cual debe ser anulado.

1.4.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[4]

La apoderada de CREMIL contestó la demandada con fundamento en los siguientes argumentos:

Resaltó que las Fuerzas Militares tienen un régimen especial enmarcado en la Ley 4 de 1992 y los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, en desarrollo de ésta, que determinan los sueldos anuales para los integrantes de la Fuerza Pública de acuerdo con los cuales se le reajustó la asignación de retiro al señor PEDRO ANTONIO VILLAMIZAR.

Manifestó que aun cuando existen fallos judiciales mediante los cuales se ha ordenado el aumento de la asignación de retiro, a algunos oficiales o suboficiales, conforme al IPC, dichas sentencias surten efectos inter partes y se aplican según las directrices del funcionario judicial, las cuales varían entre un caso y otro de modo que no se puede alegar que existe un porcentaje unificado o estándar de reajuste como lo pretende hacer ver el demandante.

En desarrollo de lo expuesto, advirtió que la pretensión de reliquidación de la asignación de retiro del actor carece de fundamento pues no se indicó en la demanda frente a qué coronel y a qué liquidación específica se solicita el reajuste, información que resulta de importancia en el momento de resolver el asunto, pues como se dijo, las sentencias sobre el asunto contienen diferencias interpretativas del fallador y condenas diversas.

Anotó, además, que no es posible acceder a la pretensión de reajuste pues implicaría la

modificación de la escala gradual porcentual dispuesta en los decretos presidenciales los cuales no pueden ser controvertidos a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que solo procede contra actos administrativos de carácter particular y concreto.

Afirmó que toda variación realizada al sueldo básico del personal en actividad mediante los decretos del Gobierno Nacional, también es hecha sobre las asignaciones de retiro porque así es como funciona el principio de oscilación cuyo propósito es que las prestaciones no pierdan poder adquisitivo.

Por otra parte, expresó que el señor PEDRO ANTONIO VILLAMIZAR CAPACHO se retiró hasta el año 2004 y el reajuste que pretende ha sido ordenado en sentencias judiciales para militares retirados antes de ese año.

Y por último, propuso como excepciones las que denominó «prohibición de hacer extensivos a todos los militares los efectos de una sentencia inter partes», «no alteración de la escala gradual porcentual en virtud de fallos inter partes», «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 falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares» y «no configuración de causal de nulidad».

1.5.- LA SENTENCIA APELADA[5]

La Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en audiencia inicial de fecha 11 de abril de 2014 profirió sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas al demandante.

Al respecto, luego de realizar un recuento normativo y de analizar las pruebas obrantes en el expediente, el Tribunal afirmó que las reglas aplicables al señor PEDRO ANTONIO VILLAMIZAR CAPACHO, son las contenidas en el Decreto 1211 de 1990 pues es el que se encontraba vigente al momento de su retiro.

En relación a las sentencias de nulidad y restablecimiento del derecho en las que se condenó a la demandada a reajustar la asignación de retiro a algunos coroneles con base en el IPC, enfatizó que estas tienen efectos inter partes, solo benefician a la parte que 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.

En ese orden de ideas, consideró que no hay lugar a reajustar la prestación del actor puesto que para ello se deben tener en cuenta únicamente las partidas computables devengadas en actividad conforme con su cargo sin incluir en la liquidación factores percibidos por coroneles, obtenidos mediante un fallo.

Así las cosas, concluyó que CREMIL no desmejoró el monto de la asignación de retiro que percibe el demandante, sino que simplemente acató la normatividad expedida por el ejecutivo con fundamento en la autorización consagrada en el artículo 2 de la Ley 4 de 1992.

Finalmente, advirtió que la negativa de la demandada no vulneró los derechos constitucionales del actor pues las situaciones de los coroneles mencionadas en la demanda no configuran un trato discriminatorio en tanto son casos notoriamente distintos al de él cuyas circunstancias fácticas distan de ser similares a las suyas.

1.6.- LA APELACIÓN[6].

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, para que se revocara la decisión pues reiteró que tiene derecho a que su asignación de retiro sea liquidada conforme se ha hecho con los demás integrantes de las Fuerzas Públicas que ostentan su mismo grado de coronel, es decir, que se tenga en cuenta para dichos efectos la «base actualizada de mayor valor económico».

En desarrollo de lo expuesto, afirmó que la demandada le ha dado un trato discriminatorio que vulnera su derecho a la igualdad, en la medida que su asignación de retiro es inferior a la que devengan los demás coroneles 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.

Enfatizó en ese aspecto que no está pidiendo que la asignación de retiro de su poderdante se reajuste de acuerdo con el IPC del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 sino que pide que se aplique la misma base de liquidación de los demás coroneles, que es más favorable por ser superior.

No obstante lo anterior, más adelante mencionó el principio de la realidad sobre las formas para explicar que en el caso bajo estudio debió realizarse la actualización de conformidad con el IPC pues la administración conoce que éste es más favorable al momento de liquidar la asignación de retiro, tanto 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 reajuste como él lo solicita.

1.7.- ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

- La parte demandante[7]ratificó los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación.

- La demandada no se pronunció en estas etapas procesales.

1.8.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO[8]

La Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación emitió concepto en el que pidió que se confirmara la sentencia impugnada en razón a los siguientes argumentos:

Indicó que en el caso objeto de estudio el demandante solicitó la reliquidación de su asignación de retiro con fundamento en el cumplimiento de las providencias proferidas por el Consejo de Estado, Tribunales y Juzgados Administrativos que ordenan el reajuste de tales asignaciones conforme al IPC de los años 1997 a 2004.

En esa línea de ideas, advirtió que si lo que pretendía el actor era la extensión de los efectos de una sentencia judicial, debió adelantar el trámite correspondiente previsto para tal fin en los artículos 102 y 269 del CPACA, es decir, a través del procedimiento especial de extensión de jurisprudencia a terceros.

Por otra parte, resaltó que, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, está acreditado que el actor percibió durante los años 2004 a 2007, entre 4 y 5 millones de pesos por concepto de asignación de retiro, razón por la cual es claro que la entidad demandada tuvo en cuenta el salario que devengaba un coronel para la época del reconocimiento pensional, en consecuencia no hay

lugar a que se acceda a las pretensiones del medio de control.

CONSIDERACIONES

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

2.1.- 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 CREMIL vulneró el derecho a la igualdad del señor PEDRO ANTONIO VILLAMIZAR CAPACHO por la aplicación de una base inferior de liquidación comparada con la utilizada para otros retirados que ostentan su mismo grado de coronel.

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. En este punto, resulta relevante resaltar que el apoderado del actor, en el recurso de apelación y en los alegatos de segunda instancia precisó que no se solicita «que la asignación de retiro de mi poderdante se reajuste de conformidad con el Índice de Precios al Consumidor»[9], motivo por el cual se planteó esta parte del debate así y no de otra forma.

A continuación, y con el fin de resolver los cuestionamientos formulados, la Sala de Decisión analizará las pruebas obrantes en el expediente frente al marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso.

2.2.- Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso

2.2.1. La asignación de retiro de las FF.MM y su reajuste

En atención a la naturaleza de la asignación de retiro, la Sala precisa que tanto esta Corporación como la Corte Constitucional en su jurisprudencia han reconocido a las asignaciones 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 la asignación de retiro 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.

En ese sentido, el Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que la asignación de retiro es el término del legislador utilizado para referirse a la pensión de vejez de los miembros de la Fuerza Pública. Igualmente que esa prestación se encuentra consagrada en un régimen especial, cuyos destinatarios son el personal que ella determina claramente.

En cuanto a su reajuste, 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 debe 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 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, 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 expresa 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 el Índice de Precios al Consumidor, y creó una mesada pensional adicional para los pensionados en los siguientes términos:

ARTICULO. 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, 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 «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...», no es menos cierto que con posterioridad dicha norma fue adicionada en el parágrafo 4º por disposición expresa del artículo 1º 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 ibídem, 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 se expidió el Decreto 4433 de diciembre de 2004, que restableció nuevamente la oscilación, los integrantes de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional tienen derecho al reajuste de acuerdo con el IPC, posición que ha sido reiterada por esta Sección como se advierte, entre otras, en sentencia del 21 de agosto de 2008, C.P.: Dr. Gerardo Arenas Monsalve[10], donde se precisó:

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.

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 de su derecho en cualquier tiempo, con la aclaración 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. De esta manera ha quedado consignado:

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:

[...]

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 tiene 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 [...][11]

De acuerdo con lo cual se concluye que la solicitud de reajuste de las asignaciones de retiro puede ser presentada en cualquier momento, pero el pago de las mesadas está sujeto a la prescripción.

2.2.2. Del derecho a la igualdad.

El derecho a la igualdad está consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política a cuyo tenor **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 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 sólo supone la igualdad de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas entre los iguales, sino también el tratamiento desigual entre supuestos disímiles.[12]

También ha dicho el Alto Tribunal que el análisis del derecho a la igualdad parte de una concepción relacional que se construye en las situaciones concretas, de tal 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 esos parámetros, entonces, se estudiará el caso a continuación.

2.3.- Caso concreto.

De conformidad con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, la Sala de Subsección resolverá el problema jurídico planteado, para lo cual se tendrán como pruebas útiles, pertinentes y conducentes las siguientes:

- Resolución No. 2253 del 22 de julio de 2004 expedida por CREMIL «por la cual se ordena el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al señor coronel ® PEDRO ANTONIO VILLAMIZAR CAPACHO» a partir del 15 de agosto de 2004, en cuantía del 95% del sueldo en actividad, correspondiente a su grado en todo tiempo incluyendo dentro de la liquidación las partidas computables de acuerdo con la Ley, es decir, las siguientes: prima de actividad, prima de antigüedad, subsidio familiar, prima de estado mayor, prima de navidad.[13]
- Hoja de servicios del señor PEDRO ANTONIO VILLAMIZAR CAPACHO, identificada con el No. 3566624531546121 del 19 de mayo de 2004, expedida por el Director de Personal del Ejército, en el que se advierten las partidas computables para prestaciones sociales y las partidas computables para asignación de retiro o pensión.[14]
- Petición de fecha 6 de junio de 2013, suscrita por el apoderado del demandante, mediante la que solicita (i) la liquidación de su asignación de retiro con fundamento en la base de liquidación que CREMIL viene utilizando para liquidar las asignaciones de retiro de los coroneles que se les reconoció antes de 1997; (ii) el reajuste de su asignación de retiro

año por año, a partir del 2004, 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 retiro desde el año 2004 hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado.[15]

- Documento No. 0032617 del 26 de junio de 2013, proferido por la Subdirectora de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las FF.MM., a través del cual le negó al señor PEDRO ANTONIO VILLAMIZAR CAPACHO el reajuste de la asignación de retiro solicitado.[16]
- Certificado expedido por CREMIL en el que constan los incrementos anuales reconocidos a los oficiales en el grado de coronel de acuerdo con los decretos proferidos por el Gobierno Nacional para cada vigencia fiscal.[17]
- Documento suscrito por el Director General de CREMIL[18] en el que informa los sueldos básicos reajustados al personal militar con ocasión de las sentencias de IPC en razón a la petición que interpuso el demandante. Al que adjunta relación por grados, sueldo básico por decretos vigentes, los sueldos básicos reajustados judicialmente con base en el IPC discriminados por el valor máximo y mínimo y el número de demandas aplicadas por grado, así:

De acuerdo con estos documentos y orientados por el primer problema jurídico planteado, la Sala de Subsección evidencia que de las pruebas obrantes en el expediente, no existe certeza sobre la violación del derecho a la igualdad del actor pues no está acreditado en el proceso que otra persona en la misma situación de él se le haya dado un trato diferente. Lo cual supone, a su vez, la imposibilidad de establecer el **tertium comparationis**[19] **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 informe de CREMIL en el que se relacionan los sueldos básicos reajustados al personal militar con ocasión de las sentencias de IPC, ésta información no arroja datos acerca de los casos particulares que dieron lugar a ello que permitan establecer si el señor PEDRO ANTONIO VILLAMIZAR CAPACHO sufrió un trato discriminatorio.

No se acreditó entonces que CREMIL utilizará dos bases de liquidación diferentes para el mismo grado como lo afirma el actor, pero por el contrario sí está demostrado, en la Resolución No. 2253 de 2004[20], que CREMIL, cuando reconoció la asignación de retiro al demandante, lo hizo dentro del marco legal aplicable, en una cuantía del 95% del sueldo en actividad correspondiente a su grado para cuya liquidación se tuvo en cuenta las previsiones de los Decretos 1211 de 1990 y 3552 de 2003, como se observa, además en la hoja de servicios en folios 14 a 15 del cuaderno principal, expedida por el Ejército en la que constan las partidas computables para esos efectos.

Por otra parte, sea del caso aclarar que ya ésta Subsección, en oportunidades anteriores, ha precisado que la base de liquidación se establece por una sola vez en el momento en que se reconoce la asignación de retiro, el 22 de julio de 2004 en el sub examine, y a partir de ese instante se determina el monto de la prestación, que difiere del incremento que se realiza cada año, **que para el demandante corresponde al año 2005 bajo el imperio de la disposición contemplada en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, a cuyo tenor «[...] Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En**

ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente [...]»

En conclusión y toda vez que no se encontró configurada la transgresión aludida y como se vio, la asignación fue reconocida en el marco legal aplicable, de acuerdo con los valores devengados por el actor en servicio activo, no se hace necesario resolver el segundo cuestionamiento planteado y la Sala confirmará la decisión apelada, no sin antes manifestar que, en todo caso, los derechos prestacionales provienen de las disposiciones legales que los consagran y en ningún caso por la exclusiva violación del derecho a la igualdad, en caso de suceder esto.

2.4.- De la condena en costas en segunda instancia[21].

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias del derecho[22], los llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso[23] y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y de secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación.

En cuanto a la condena en costas en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta Corporación ya lo ha analizado con detenimiento[24].

Atendiendo esa orientación se debe dar cumplimiento al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso, y condenar en costas, de segunda instancia a la parte demandante a quien se le resolvió desfavorablemente el recurso de apelación.

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 del 11 de abril de 2014 proferida por la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las súplicas de la demanda presentada por el señor PEDRO ANTONIO VILLAMIZAR CAPACHO en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL), por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante de conformidad con las consideraciones expresadas en esta sentencia. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca las liquidará.

TERCERO: 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

Relatoria JORM

[1] Fols. 20 a 21 del cuaderno principal.

[2] Fols.21 a 22 del cuaderno principal.

[3] Fols. 20 a 37 del expediente.

[4] Fols. 56 a 62 del cuaderno principal.

[5] Fols.98 a 106 del cuaderno principal.

[6] Fols. 107 a 120 del cuaderno principal.

[7] Fols.141 a 152 del cuaderno principal.

[8] Fols. 158 a 163 del cuaderno principal.

[9] Folio 108 del cuaderno principal.

[10] Rad. Int. 0663-08

[11] Sección Segunda – Subsección B del Consejo de Estado en sentencia del 11 de junio de 2009, C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, proferida dentro del expediente radicado con N° 25000-23-25-000-2007-00718-01 (1091-08)

[12] Corte Constitucional. Sentencia C-862 de 2008.

[13] Folios 11 a 13 del cuaderno principal.

[14] Folio70 a 71 del cuaderno principal.

[15] Folios 3 a 5 del cuaderno principal.

[16] Folio 9 del cuaderno principal.

[17] Folio 17 del cuaderno principal.

[18] Folios 18 a 19 del cuaderno principal.

[19] Corte Constitucional. Sentencia C-862 de 2008.

[20] Folios 11 a 13 del expediente.

[21] Sobre el particular: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 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. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). Consejero ponente doctor William Hernández Gómez.

[22] Artículo 361 del Código General del Proceso.

[23] Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.

[24] Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad.

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. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). Consejero ponente doctor William Hernández Gómez.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
ISSN 2256-1633
Última actualización: 31 de agosto de 2019

