



Cartagena de Indias, D T. y C., veintinueve (29) abril de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado	13-001-33-33-002-2019-00073-01
Demandante	JESUYS ALFONSO DE LA HOZ GARRIDO
Demandado	CASUR
Tema	Reliquidación de asignación de retiro
Magistrado Ponente	Óscar Iván Castañeda Daza

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandante contra la sentencia del 16 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la que se negaron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1 DEMANDA

3.1.1 PRETENSIONES

En el escrito introductorio se elevaron las siguientes súplicas:

“Que se declare la nulidad del acto administrativo No. S-2018-040403/ANOPA-GRULI-1.10 de fecha 26 de julio de 2018 por medio del cual se niega la modificación de la hoja de servicios No. 12544702 del 15 de agosto de 2012.

Que se declare la nulidad del acto administrativo E-01524-201814472-CASUR Id: 344270 del 25 de julio de 2018 por medio del cual se niega la reliquidación de la asignación de retiro del demandante.

Que a título de restablecimiento del derecho se ordene a la demandada modificar la hoja de servicios No. 12544702 del 15 de agosto de 2012 en el entendido que debe aplicar al salario básico, como factor salarial y prestacional, del señor Subcomisario ® Jesús Alfonso de la Hoz Garrido el porcentaje equivalente a diez y siete punto cuarenta y ocho por ciento (17.48%) como faltante al incremento anual de los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.



Así mismo ordenarle a la demandada modificar la mencionada hoja de servicios, en el entendido de que debe aplicar a las primas de navidad, servicios, actividad, subsidio familiar y antigüedad, como factores salariales y prestacionales del demandante, el porcentaje equivalente a diez y siete punto cuarenta y ocho por ciento (17.48%) como faltante al incremento anual de los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

También que como consecuencia de la nulidad se ordene a la demandada Caja de Sueldos de retiro de la Policía Nacional reajustar y reliquidar la asignación de retiro del demandante, aplicando el porcentaje de IPC establecido por el gobierno nacional para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, teniendo en cuenta que el aumento anual reconocido al salario del actor para esas anualidades por parte de la policía nacional fue inferior al que por IPC se decretó por el Estado colombiano, junto con los intereses e indexación que en derecho corresponda”¹.

3.1.2. HECHOS²

Se afirma que el hoy demandante ingresó a la Policía Nacional en 1987, tal como asegura consta en la hoja de servicios, y que con base en ese mismo documento se puede corroborar que para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, se encontraba en servicio activo en dicha institución.

Se argumenta que el gobierno nacional estableció el salario que debían percibir los miembros de la Fuerza Pública para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, mediante los decretos 122 de 1997, 62 de 1999 y 745 de 2002.

Se asegura que el incremento efectuado al salario y prestaciones sociales del demandante para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 resultó inferior al porcentaje final que correspondió por concepto de IPC, exhibiendo una tabla comparativa al respecto y de lo cual surge que el total de las diferencias porcentuales acumuladas para los años mencionados es de 17.48%.

Se precisa que el total del vínculo del actor fue de 25 años, 8 meses y 2 días y que le fue reconocida una asignación de retiro el 28 de septiembre de 2012, mediante resolución 13171.

Finaliza precisando que se ha visto obligado a soportar la mengua en su pago mensual en un porcentaje equivalente al 17.48% de la asignación de retiro, ya que dicha afectación de carácter prestacional se reviste de periodicidad, por ende, es lógico concluir que los porcentajes dejados de pagar al demandante entre los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 actualmente

¹Folio 2 del archivo 01 del expediente digitalizado.

²Folios 2 del cuaderno 1 del expediente electrónico.

vulneran su derecho a percibir una remuneración sin pérdida del poder adquisitivo.

3.1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La reclamación de la parte actora encuentra sustento en la presunta existencia de un desnivel porcentual entre el reajuste salarial para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 y el porcentaje la inflación de dichos años.

Argumenta que la demandada Policía Nacional vulneró al actor el derecho al trabajo consagrado en el art. 25 constitucional por transgredir su elemento intrínseco a reconocerse en condiciones dignas y justas, dado que no se pagó su salario adecuadamente entre los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 porque el gobierno nacional consideró reajustar su salario como miembro de la fuerza pública en un porcentaje inferior al que por IPC se expuso para dichas anualidades, por lo cual el poder adquisitivo de su pago mensual se vio menguado, reflejando consigo la fractura de oportunidad de adquirir bienes y servicios necesarios para la subsistencia suya y de su núcleo familiar, violando de esa manera también lo normado por el art. 53 de la carta magna en cuanto al principio mínimo de la remuneración móvil.

3.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA³

La apoderada de la accionada instó a la Sala a desestimar las pretensiones de la demanda. Precisó que para la época en que se dieron los supuestos pagos por debajo del IPC; el hoy demandante aun estaba en el servicio activo y no gozaba de una asignación de retiro.

“La asignación de retiro al actor le fue reconocida con efectos fiscales a partir del 31 de octubre de 2012, es decir, la fecha en que se concedió ese derecho fue posterior a aquellas en las que se originó una diferencia entre los ajustes pensionales aludidos; por tal razón, no puede ser beneficiario del reajuste pretendido, pues, este solo surgió a favor de quienes tenían consolidada su situación pensional para los periodos señalados”⁴.

Argumentó que los decretos con los que se estableció el monto salarial de la época se ajustaron a la constitución y la escala de pago no puede ser modificada por una decisión judicial, en tanto ella encuentra sustento en un decreto nacional que no ha sido anulado.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁵

³ Archivo 05 del expediente digitalizado.

⁴ Fl 6 del archivo 05 del expediente digitalizado.

⁵ Archivo 12 del expediente digitalizado.



Rad. 13-001-33-33-002-2019-00073-01

Mediante sentencia del 16 de marzo de 2021, el Juzgado de origen desestimó las pretensiones de la demanda. Argumentó que el actor pretende obtener la aplicación del IPC como referente para el incremento del salario que devengó durante los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, cuando era miembro activo de la Policía Nacional, siendo que ese tipo de requerimientos era procedente, pero cuando el policial se encontrara devengando en esos años su asignación de retiro, lo cual no sucede en el caso del actor, pues este obtuvo la condición de retirado mediante resolución No. 02508 del 31 de Julio de 2012 expedida por la Policía nacional, esto es, después de que el sistema de reajuste pensional de oscilación se retomara por el Decreto 4433 de 2004.

“(...) Así las cosas, a los policiales retirados les resulta más favorable el reajuste de su asignación con fundamento en el índice de precios al consumidor como lo establece la ley 100 de 1993, pero únicamente a partir de esta fecha y hasta el reajuste dispuesto por el art. 42 de la ley 443 de 2004 (31 de diciembre de 2004), debido a que esta norma volvió a establecer el mismo sistema de la oscilación de las asignaciones del personal en actividad, lo anterior conlleva a que se nieguen las suplicas de la demanda, ya que se reitera, en los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, el señor Agente @ Jesús Alfonso de la Hoz Garrido se encontraba en servicio activo, toda vez, que la fecha de reconocimiento de su asignación de retiro data del 22 de marzo de 2019 (...)”⁶.

3.5. RECURSO DE APELACIÓN

3.5.1. Parte demandante⁷

Explica que si bien la pretensión económica del medio de control judicial radica única y exclusivamente en el reajuste de la asignación de retiro que percibe el actor, al estimar que se reliquidó en algunos años su asignación por debajo del IPC, las pretensiones giran en entorno de la reliquidación de la asignación de retiro ya que esta se liquidó con base en el último salario percibido por el actor. Por ello, estima que surge el yerro en el cual incurrió el A-quo al declarar la prescripción de la pretensión, ya que no se solicita un reajuste retroactivo del salario.

Critica las conclusiones del Despacho de instancia. Realiza un relato sobre decisión adoptadas por la H. Corte Constitucional entre 1995 y 2004 relativas al tema discutido, concluyendo que e los empleados públicos que perciban a título de salario un porcentaje inferior al promedio ponderado de los salarios de los servidores de la administración central forzosamente se les deben reajustar su salario como base la inflación del año inmediatamente anterior.

Realiza un cuadro comparativo entre los aumentos aplicados para los años 1197, 1999, 2002, 2003 y 2004, para precisar que hubo diferencias entre el

⁶ Fl 17 del archivo 12 del expediente digitalizado.

⁷ Archivo 14 del expediente digitalizado.



Rad. 13-001-33-33-002-2019-00073-01

incremento que tuvo en su asignación de retiro y el promedio de los salarios de los empleados públicos en el país.

Solicita también que se revoque la decisión de condenar en costas, al no advertirse temeridad del actor en la proposición de su demanda.

3.5 TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Por auto del 8 de octubre de 2021, se admitió el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de instancia⁸. En el mismo auto, se corrió traslado para alegar en conclusión.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.6.1. Parte demandante⁹

Reiteró los argumentos expuestos en su escrito de demanda.

3.6.2. Parte demandada¹⁰

La accionada reiteró los argumentos de su contestación.

3.6.3. Concepto del Ministerio Público

No rindió concepto.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de estas. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procederá a dictar la respectiva sentencia.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de

⁸ Archivo 02 de la carpeta de segunda instancia del expediente digitalizado.

⁹ Archivo 04 de la carpeta de segunda instancia del expediente digitalizado.

¹⁰ Archivo 05 de la carpeta de segunda instancia del expediente digitalizado.



Rad. 13-001-33-33-002-2019-00073-01

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

Ahora, la ley 446 de 1998 establece los requisitos para determinar la prelación para dictar sentencia, lo que implica que resulta obligatorio para los jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin, sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal.

Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativa, tal orden también podría modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos o a solicitud del agente del ministerio público, en atención a su importancia jurídica o trascendencia social.

Atendiendo entonces la naturaleza del presente asunto -su naturaleza pensional-, se procederá a emitir la sentencia correspondiente, modificando el orden de los procesos que se encuentran en turno para fallo.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con lo argumentos expuestos en el recurso de apelación, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe a lo siguiente.

¿debe revocarse la sentencia de instancia por medio de la cual se negaron las pretensiones elevadas por el actor, referentes a la reliquidación de la asignación de retiro reconocida a favor del actor, así como también la hoja de servicios No. 12544702?

5.3. TESIS DE LA SALA

La Sala confirmará la decisión de instancia. La asignación de retiro del actor fue reconocida en 2012, con fundamento en la normatividad que le aplicaba. No resulta legal aplicar la norma que rigió de 1997 a 2004, en tanto se vulneraría la inescindibilidad normativa. Se sostendrá también que la hoja de servicios no podía ser modificada por el servidor que lleva su registro.

Finalmente, se confirmará la decisión de condenar en costas, dada la posición pacífica que a día de hoy gobierna el tema y el hecho que la demandante fue vencida en el proceso.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Sobre el régimen salarial y prestacional de la Fuerza Pública



De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 numeral 19 literal e) de la Constitución 10 la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, incluidos entre ellos los integrantes de la Fuerza Pública, no es asunto privativo de la órbita de competencia del Congreso de la República, sino que esa atribución hoy es compartida con el presidente de la República, al disponer que corresponde al Congreso en ejercicio de la función legislativa *dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales se sujetará el Gobierno para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.*

En este sentido, le corresponde al legislador establecer normas generales y señalar objetivos y criterios en las materias a que se refiere el numeral 19 del artículo 150 de la Carta, con lo cual, precisa el marco dentro del cual deberá actuar el Gobierno Nacional para los efectos señalados entre los que se encuentra *la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos.*

En desarrollo de lo anterior el Congreso de la República expidió la Ley 4ª de 1992, que en su artículo 1º determinó los servidores públicos que serían objeto de regulación salarial y prestacional por parte del Gobierno, dentro de los cuales se encuentran los miembros de la Fuerza Pública. Así mismo, en su artículo 13 estableció con respecto a la escala gradual porcentual, lo siguiente:

“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. (...)”.

Del contenido de la norma referida se colige que uno de los propósitos del legislador de 1992 al expedir la Ley 4ª de ese mismo año y ordenar el establecimiento de una escala gradual porcentual era el de nivelar la remuneración de los miembros activos y retirados de la fuerza pública, razón por la que se creó de manera temporal la prima de actualización, la que subsistiría mientras se cumpliera tal objetivo, lo que se materializó en vigencia de los Decretos 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995.

En efecto, el artículo 15 del Decreto 335 de 1992, expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades del artículo 215 de la Constitución Política y en desarrollo del Decreto 333 de 1992, que declaró el estado de emergencia social, creó para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo, una prima de



Rad. 13-001-33-33-002-2019-00073-01

actualización, en los porcentajes que allí se indican para cada grado, liquidada sobre la asignación básica, la cual estaría vigente hasta el establecimiento de una escala salarial porcentual única para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, cuyo objetivo fue el de nivelar la remuneración de estos servidores en forma gradual hasta llegar a una escala salarial única.

En este orden de ideas, la prima de actualización introdujo una modificación gradual a las asignaciones de actividad que es computable para el reconocimiento de la asignación de retiro y pensión, no solo para quienes la devenguen en servicio activo como lo establece expresamente el párrafo del artículo 15 ya citado, sino también para el personal retirado, ya que por el sistema de oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones consagrado en el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990, las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad se deben reflejar en las asignaciones y pensiones ya reconocidas. Adicionalmente, el Decreto 107 de 1996 en sus artículos 1º y 2º prescribió lo siguiente:

“Artículo 1. De conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, fijase la siguiente escala gradual porcentual para el personal de oficiales, suboficiales, miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública. Los sueldos básicos mensuales para el personal a que se refiere este artículo corresponderán al porcentaje que se indica para cada grado, con respecto a la asignación básica del grado de General. Oficiales General 100% Mayor General 90% Brigadier General 80% Coronel 60% Teniente Coronel 44.30% Mayor 38.60% Capitán 30.50% Teniente 26.70% Subteniente 23.70% Suboficiales Sargento Mayor 26.40% Sargento Primero 22.60% Sargento Viceprimero 19.50% Sargento Segundo 17.40% (...) Artículo 2º. Los Oficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en los grados de General y Almirante, percibirán por todo concepto una asignación mensual igual a la que devenguen los ministros del Despacho como asignación básica y gastos de representación, en todo tiempo, distribuida así: el cuarenta y cinco por ciento (45%) como sueldo básico y el cincuenta y cinco por ciento (55%) como prima de alto mando. Esta última no tendrá carácter salarial para ningún efecto legal. Párrafo. Los Oficiales Generales y Almirantes a que se refiere este artículo, tendrán derecho a la Prima de Dirección y demás primas que devenguen los ministros del Despacho. La Prima de Dirección no será factor salarial para ningún efecto legal, se pagará mensualmente y es compatible con la Prima de Alto Mando a que tienen derecho los Oficiales en estos grados”.

Así entonces, a partir de la expedición del anterior decreto, el Gobierno Nacional cada año profiere los Decretos de reajuste salarial con sujeción a la escala salarial (122 de 1997; 058 de 1998; 62 de 1999; 2724 de 2000; 2737 de 2001; 745 de 2002; 3552 de 2003; 4158 de 2004; 923 de 2005; 407 de 2006; 1515 de 2007; 673 de 2008; 737 de 2009; 1530 de 2010; 1050 de 2011; 0842 del 2012; 1017 de 2013; 187 de 2014 187 de 2014, 1028 de 2015, 214 de 2016, 984 de 2017, 324 de 2018, 1002 de 2019 y 318 de 2020), es decir, que ha tomado como base el porcentaje de la asignación básica del grado de General.

Rad. 13-001-33-33-002-2019-00073-01

Se colige entonces que la asignación básica del personal de la Fuerza Pública está sujeta a los decretos que anualmente expide el Gobierno Nacional, en los que se fijan las pautas para determinar el monto que devengarán sus miembros anualmente, impidiendo recurrir a una fuente distinta para realizar el correspondiente incremento salarial, puesto que, a partir del Decreto 107 de 1996, quedaron debidamente nivelados los salarios de dicho personal.

5.4.2. Sobre la asignación de retiro y su reajuste

En lo que tiene que ver con la naturaleza jurídica de la asignación de retiro, el H. Consejo de Estado así como la H. Corte Constitucional, han reconocido a las asignaciones de retiro el carácter de una pensión como la de vejez o de jubilación.

Así, en sentencia C-432 de 2004, la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad de algunas normas consagradas en el Decreto 2070 de 2003, el cual introdujo reformas al régimen pensional de la Fuerza Pública, concretamente en cuanto al porcentaje que se aplicaría a la asignación de retiro. En dicha oportunidad, la Corte precisó 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. Se trata, como bien lo afirman los intervinientes, de establecer con la denominación de “asignación de retiro”, una pensión de vejez o de jubilación para los miembros de la fuerza pública, en la medida que el resto del ordenamiento especial de dichos servidores públicos, se limita a regular las pensiones de invalidez y sobrevivientes.

Esta prestación periódica para el personal military y policial comprende algunas diferencias muy relevantes debido a la situación especial de dichos servidores públicos, como es la dedicación exclusiva al servicio, las jornadas especiales de trabajo, los lugares donde se debe trabajar, la continua reubicación de lugares de servicio y, en fin, el peligro para su vida y familia dadas las circunstancias de nuestro medio, por ello el legislador consagró un régimen salarial y prestacional especial.

A su vez, 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, prestación esta que se encuentra consagrada en un régimen especial, cuyos destinatarios son el personal que ella determina de manera clara.

Este régimen se encuentra contenido en el Decreto 1211 de 1990, *por el cual se reforma el estatuto del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares* que en sus artículos 163 y 169, señaló no solo el concepto de



Rad. 13-001-33-33-002-2019-00073-01

asignación de retiro y sus variaciones sino que también tuvo en cuenta el aumento salarial decretado para el personal de las fuerzas militares en actividad, vale decir, mediante la aplicación del principio de oscilación.

“Artículo 163. Asignación de Retiro. Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente, y los que se retiren a solicitud propia después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto.

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”.

Así, cada vez que existiera una variación en los salarios del personal en servicio activo, esta se extendería para el personal en uso de buen retiro.

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 solo 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, previó en su artículo 14 el reajuste de las pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor (IPC).

“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



Rad. 13-001-33-33-002-2019-00073-01

io cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el gobierno”.

Sin embargo, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, determinó que a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional no se les aplicaría el sistema integral de seguridad social.

“Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto -Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas”.

Si bien es cierto, en principio, dicha norma, excluyó entre otros servidores, a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional de su aplicación, no es menos cierto que posteriormente dicha norma fue adicionada en el párrafo 4.º por disposición expresa del artículo 1.º de la Ley 238 de 1995.

“Artículo 1º: Adiciónese el Artículo 279 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente párrafo: Párrafo 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”.

Con fundamento en lo anterior, a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995, los pensionados del régimen de excepción de la Ley 100 de 1993 tuvieron derecho a que sus mesadas se reajustaran teniendo en cuenta la variación porcentual del IPC certificado por el DANE, como lo dispuso el artículo 14 de esta última citada, y a la mesada 14, conforme el artículo 142 ibídem.

No obstante, el sistema de liquidación de las asignaciones de retiro y pensiones de los miembros de la fuerza pública con base en el IPC tan solo estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2004, toda vez que el propio legislador volvió a establecer el incremento pensional con base en el principio de oscilación, mediante el artículo 3 de la Ley 923 de 30 de diciembre de 2004.

“Artículo 3º. Elementos mínimos. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos: [...] 3.13. El incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo”.

En el mismo sentido, el artículo 42 del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, determinó lo siguiente:



“Artículo 42. Oscilación de la asignación de retiro y de la pensión. 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. El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley”.

Por su parte, el Decreto 407 de 2006, por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, en desarrollo de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4 de 1992, determinó el sueldo básico mensual para el personal, en porcentaje que se indica para cada grado, y con respecto a la asignación básica del grado de general que fijó al rango de mayor el 45.5288%.

Acorde con lo expuesto, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995, se hicieron extensivos para los pensionados 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, los beneficios contemplados por los artículos 14 y 142 ibídem, es decir, el reajuste de las mesadas pensionales de conformidad con la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE.

El reajuste con la variación del IPC para los miembros de la fuerza pública tuvo como límite la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, que restableció nuevamente el principio de oscilación, posición que ha sido reiterada de manera consistente y uniforme por el H. Consejo de Estado, a partir de la sentencia de 17 de mayo de 2007¹¹.

“7. Límite del derecho. El reajuste pensional aquí reconocido, debe 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 decir, teniendo en cuenta la oscilación de las asignaciones del personal en actividad”.

De acuerdo con tales planteamientos, el reajuste ordenado sobre la base de la asignación de retiro, con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, respecto de los años 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004, contaba con un límite temporal, esto es, el 31 de diciembre de 2004, fecha de entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, mediante el cual se volvía a adoptar como método de reajuste de la citada prestación, el principio de oscilación.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 17 de mayo de 2007, Expediente 8464-2005.



Dicha tesis jurisprudencial fue reiterada y concretada en la sentencia de 15 de noviembre de 2012¹².

"Que 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 que 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 entrada 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 ordenó, 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".

Con fundamento en las anteriores consideraciones, se concluyó que el reajuste efectuado sobre las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública obedece a uno solo, el cual se ha efectuado en el tiempo con fundamento en dos criterios distintos, a saber, el primero con observancia del índice de precios al consumidor, IPC, esto, hasta el 31 de diciembre de 2004, fecha en la que se retoma el principio de oscilación el cual, en todo caso, incrementará anualmente y a futuro las mesadas de las asignaciones del personal en retiro, partiendo siempre de la última mesada pensional del año 2004.

Ahora bien, es preciso reiterar que no es posible aplicar lo dispuesto en las Leyes 100 de 1993 y 238 de 1995, normas que regulan el Sistema General de Pensiones a las asignaciones percibidas en actividad, al tratarse de dos condiciones muy diferentes jurídica y fácticamente, como son gozar de asignación de retiro y otra, devengar la asignación básica en servicio activo, cuyo sistema de reajuste se encuentra regulado por pautas normativas diversas que no se pueden pasar por alto desconociendo el querer del constituyente.

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos relevantes probados

¹² Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 15 de noviembre de 2012, expediente 0907-2011.



Rad. 13-001-33-33-002-2019-00073-01

El 23 de marzo de 2018¹³, elevó una petición a la Policía Nacional en busca de la modificación de su hoja de servicios, incluyendo un mayor porcentaje. La petición fue desestimada el 26 de julio de 2018¹⁴. Se argumentó que no era procedente la modificación del régimen salarial del peticionario.

El 23 de mayo de 2018¹⁵, elevó una petición al CASUR, solicitando la reliquidación de su asignación de retiro.

El 25 de julio de 2018¹⁶, la accionada contestó su petición. Desestimó la solicitud al advertir que para la época de 1997 a 2004, el actor no percibía una asignación de retiro.

El 28 de septiembre de 2012¹⁷, mediante resolución 13171, le fue reconocida al actor una asignación de retiro.

RESUELVE:

ARTICULO 1o. RECONOCER Y ORDENAR PAGAR CON CARGO AL PRESUPUESTO DE ESTA ENTIDAD, ASIGNACIÓN MENSUAL DE RETIRO AL SEÑOR (A) SC (R) DE LA HOZ GARRIDO JESUS ALFONSO, IDENTIFICADO CON LA CÉDULA DE CIUDADANÍA No. 12544702, EN CUANTÍA EQUIVALENTE AL 85% DEL SUELDO BÁSICO DE ACTIVIDAD PARA EL GRADO Y PARTIDAS LEGALMENTE COMPUTABLES, EFECTIVA A PARTIR DEL 31/10/2012, DE ACUERDO CON LO EXPUESTO EN LA PARTE MOTIVA DE ESTA PROVIDENCIA.

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Se hace evidente que la pretensión del actor en el asunto que hoy ocupa la atención de la Sala es la reliquidación de su asignación de retiro, así como también la modificación de su hoja de servicios.

Para la Sala, la decisión adoptada debe ser confirmada, en virtud de los argumentos que se aproximan.

La asignación de retiro fue otorgada con base en la normatividad correcta. El actor pretende la aplicación de una figura que no pertenece al ordenamiento que regía la asignación de retiro al momento de ser reconocida. Desde el año 1996 hasta el año 2012, se le hicieron incrementos con base en los porcentajes establecidos año a año por el Gobierno Nacional en aplicación a la Ley 4ª de 1992, por lo tanto, la pretensión de reliquidación teniendo en cuenta el Índice de Precios al Consumidor es improcedente, pues no resulta pertinente acudir a una fuente distinta para realizar el correspondiente incremento salarial, en la medida en que existe prohibición

¹³ Fl 32 del archivo 01 del expediente digitalizado.

¹⁴ Fl 36 del archivo 01 del expediente digitalizado.

¹⁵ Fl 26 del archivo 01 del expediente digitalizado.

¹⁶ Fl 30 del archivo 01 del expediente digitalizado.

¹⁷ Fl 40 del archivo 01 del expediente digitalizado.

Rad. 13-001-33-33-002-2019-00073-01

expresa consagrada en el artículo 10 de la citada ley e implicaría 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.

La asignación de retiro no fue reconocida en el lapso comprendido entre 1997 y 2004. el reajuste del IPC en estas prestaciones solo se aplica para las reconocidas y devengadas en el periodo comprendido entre 1997 y 2004, por tanto no tiene derecho a ella, pues le fue reconocida el 28 de septiembre de 2012, con resolución 13171.

Las diferencias en el pago de la asignación salarial, fueron en su momento sopesadas por la prima de actualización. Uno de los propósitos del legislador de 1992 al expedir la Ley 4ª de ese mismo año y ordenar el establecimiento de una escala gradual porcentual era el de nivelar la remuneración de los miembros activos y retirados de la fuerza pública, razón por la que se creó de manera temporal la prima de actualización, la que subsistiría mientras se cumpliera tal objetivo, lo que se materializó en vigencia de los Decretos 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995.

En efecto, el artículo 15 del Decreto 335 de 1992, expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades del artículo 215 de la Constitución Política y en desarrollo del Decreto 333 de 1992, que declaró el estado de emergencia social, creó para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo, una prima de actualización, en los porcentajes que allí se indican para cada grado, liquidada sobre la asignación básica, la cual estaría vigente hasta el establecimiento de una escala salarial porcentual única para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, cuyo objetivo fue el de nivelar la remuneración de estos servidores en forma gradual hasta llegar a una escala salarial única.

En este orden de ideas, la prima de actualización introdujo una modificación gradual a las asignaciones de actividad que es computable para el reconocimiento de la asignación de retiro y pensión, no solo para quienes la devenguen en servicio activo como lo establece expresamente el parágrafo del artículo 15 ya citado, sino también para el personal retirado, ya que por el sistema de oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones consagrado en el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990, las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad se deben reflejar en las asignaciones y pensiones ya reconocidas.

No es procedente la modificación de la hoja de servicios del actor. Cuando el demandante pretende que se haga una modificación a su hoja de servicios, ignora que la misma es un reflejo de lo reconocido y pagado a su favor, de las vinculaciones y diversas situaciones administrativas de su carrera

Rad. 13-001-33-33-002-2019-00073-01

al servicio de la Fuerza Pública. Pretender su modificación no resulta procedente. En primer lugar, porque el funcionario que la lleva carece de competencia para hacer modificaciones a, por ejemplo, el régimen salarial que le cobijaba al actor. En segundo lugar, porque esta es un reflejo de lo acontecido, mas no de lo que se pretende hubiera pasado. Modificar la hoja de servicios en lo relativo a los porcentajes percibidos, no se ajustaría a la realidad de la vinculación, aspecto que desnaturalizaría el instrumento en comento.

Existen numerosas decisiones en el sentido de la que se adopta en esta oportunidad. La posición que adopta este Tribunal, no se antoja en forma alguna caprichosa o desligada de la visión del H. Consejo de Estado. El 17 de marzo de 2022¹⁸, dicha Corporación desató el recurso de apelación interpuesto contra la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en un asunto de similar pretensión. En esa oportunidad, se arribó a la misma conclusión que se alcanza en esta providencia. El 2 de diciembre de 2021¹⁹, la misma Corporación desató un recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Caquetá que había negado las pretensiones en un caso similar. La decisión fue confirmada y los hechos y pretensiones guardan notable similitud con el presente caso.

Resultaba procedente la condena en costas. De conformidad con el artículo 365 del CGP, la condena en costas era procedente por el hecho de haber resultado vencido en el proceso. De otra parte, estima la Sala que el asunto goza de relativa pasividad interpretativa desde antes que el actor interpusiera su demanda, ergo, no había un argumento que justificara de manera desmedida la pretensión incoada.

Siendo así, al no vencer la presunción de legalidad del acto, no queda otro camino que confirmar su oponibilidad.

5.6.- Condena en costas en segunda instancia

El artículo 188 del CPACA señala, que la condena en costas debe liquidarse y ejecutarse conforme al Código de Procedimiento Civil, no obstante, esta norma fue derogada por el Código General del Proceso (CGP). A su vez, el artículo 365.1 del CGP señaló que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

¹⁸ Radicación: 25000 23 42 000 2018 02029 01 (1042-2021).

¹⁹ Radicación: 18001-23-40-000-2017-00152-01 (1093-2021)



Rad. 13-001-33-33-002-2019-00073-01

En consecuencia, al revocarse la sentencia de primera instancia, se condenará en costas de ambas instancias a la parte demandante, las cuales serán liquidadas de forma conjunta por el juzgado de primera instancia.

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 16 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar en costas de primera y segunda instancia a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por el juzgado de primera instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión virtual de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ