



Rad. 13-001-33-33-014-2018-00199-01

Cartagena de Indias, D.T. y C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)

## I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

<b>Medio de control</b>	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
<b>Radicado</b>	13-001-33-33-014-2018-00199-01
<b>Demandante</b>	JACKELINE DEL CARMEN SILVA MEZA
<b>Demandado</b>	CASUR
<b>Tema</b>	Reliquidación de asignación de retiro
<b>Magistrado Ponente</b>	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 demandada contra la sentencia del 30 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la que se concedieron las pretensiones de la demanda.

## III.- ANTECEDENTES

### 3.1 DEMANDA

#### 3.1.1 PRETENSIONES<sup>1</sup>

En el escrito introductorio se elevaron las siguientes súplicas:

*“PRIMERA: QUE SE DECLARE LA NULIDAD del acto administrativo contenido en el oficio No. S-2018/042364/ARPRE.GRUPE.1.10 del 25 de julio de 2018 signado por el jefe grupo de pensionados de la Policía Nacional mediante la cual se negó al ACTOR la reliquidación del índice de precios al consumidor (IPC) e imputación del reajuste o incremento y pago de la PENSION en los términos formas y cuantías determinadas en el parágrafo 4 del artículo 279, en concordancia con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.*

*SEGUNDA: que, como consecuencia de la anterior declaración a títulos de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se ordene reliquidar reajustar y pagar la PENSION del actor, adicionando los porcentajes correspondientes al*

<sup>1</sup> Fl 27 del archivo 02 del expediente digitalizado.



**Rad. 13-001-33-33-014-2018-00199-01**

*desfase entre el aumento efectuado por el Gobierno Nacional y la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor.*

*TERCERA: El reajuste de la PENSION debe liquidarse y reflejarse año por año, desde 1997 con los nuevos valores tomándose como referencia la diferencia indicada en el numeral anterior.*

*CUARTA: CONDENAR a la demandada a pagar en forma actualizada (indexación) las sumas adeudadas, de acuerdo a la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificados por el (DANE) con fundamento en el CPACA desde el momento en que el derecho se hizo exigible hasta que se haga efectivo su pago, a fin de preservar el poder adquisitivo de estos valores (...)"*

### **3.1.2. HECHOS<sup>2</sup>**

Se advierte en la demanda que al actor le fue reconocida pensión de sobreviviente en 1998 y que en los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 la accionada reajustó la pensión en un porcentaje inferior a la variación del IPC del año inmediatamente anterior, lo cual vulneró el derecho a mantener el poder adquisitivo de la prestación.

Finalmente, hace referencia a pronunciamiento de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la improcedencia de poner a los militares retirado en condiciones desfavorables con respecto a los demás ex empleados del estado que gocen de una pensión.

### **3.1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN<sup>3</sup>**

Estima que la accionada trasgredió los artículos 2, 4, 13, 46, 48 y 53 de la Constitución Política, así como también la Ley 238 de 1995, Ley 100 de 1993 y Ley 4 de 1992.

Argumenta que la variación de la asignación de retiro para los años ya mencionados vulnera el derecho fundamental a la igualdad. No existe razón -en su parecer- para un trato diferenciado de los ex militares que se hacen acreedores de una asignación de retiro. La posibilidad de mantener el poder adquisitivo de las pensiones viene regida por el artículo 48 superior y no puede ser desconocida por la accionada. A su vez, advierte que se debió dar aplicación a la norma mas favorable para el trabajador.

### **3.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>4</sup>**

<sup>2</sup> Folios 30 del archivo 2 del expediente electrónico.

<sup>3</sup> Folio 33 del archivo 02 del expediente digitalizado.

<sup>4</sup> Folio 57 del archivo 02 del expediente digitalizado.

**Rad. 13-001-33-33-014-2018-00199-01**

Insta a la Sala a desestimar las pretensiones de la demanda. Indica que a la actora le viene siendo reconocida desde 1988 una pensión de sobreviviente y que la misma ha sido liquidada año tras año de acuerdo a la normatividad que le corresponde.

En ese sentido, estima que no resultado procedente dar aplicación a normas de regímenes prestacional diferentes al que rige a la asignación de retiro, pues se vulneraría el principio de inescindibilidad normativa.

### **3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>5</sup>**

Mediante sentencia del 30 de septiembre de 2019, el Despacho de origen concedió las pretensiones de la demanda. Sustentó su decisión en el hecho que resultó desfavorable para la parte actora la liquidación de los aumentos en los años a partir de 1998 hasta 2002 por medio del IPC.

Destacó que con el Decreto 4433 de 2004, se reimplantó el sistema de liquidación basado en el principio de oscilación. Concluyó que los años 1999, 2001 y 2002 existió una diferencia no justificada entre el aumento de la pensión de sobreviviente y los aumentos de las demás prestaciones de otros empleados estatales.

Decretó la prescripción cuatrienal, estimando que cubrió todo lo causado con anterioridad al 30 de mayo de 2014.

### **3.5. RECURSO DE APELACIÓN**

#### **3.5.1. Parte demandante<sup>6</sup>**

Instó a la Sala a revocar la decisión de instancia. Argumentó que la norma que rige las asignaciones de retiro no contempla una forma de liquidación de las asignaciones de retiro diferente a los decretos que expidiera el Gobierno Nacional. Así, estimó que no resulta aplicable la Ley 100 en tanto ello atenta contra el principio de la inescindibilidad normativa.

Reiteró que al personal uniformado de la Policía Nacional se le aplica un régimen especial en los aspectos salariales y prestacionales y que para la fecha en que se accedió a la prestación estaba vigente el Decreto 1212 de 1990, norma que resulta aplicable por encima del régimen general de pensiones.

### **3.5 TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA**

<sup>5</sup> Folio 119 y siguientes del archivo 02 del expediente digitalizado.

<sup>6</sup> Folio 129 y siguientes del archivo 02 del expediente digitalizado.

Por auto del 24 de mayo de 2021<sup>7</sup>, se admitió el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de instancia. En el mismo auto, se corrió traslado para alegar en conclusión.

### **3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

#### **3.6.1. Parte demandante<sup>8</sup>**

Reiteró los argumentos expuestos en su escrito de demanda.

#### **3.6.2. Parte demandada<sup>9</sup>**

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 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

<sup>7</sup> Archivo 03 de la carpeta de segunda instancia en el expediente digitalizado.

<sup>8</sup> Archivo 06 de la carpeta de segunda instancia del expediente digitalizado.

<sup>9</sup> Archivo 05 de la carpeta de segunda instancia del expediente digitalizado.

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 concedieron las pretensiones elevadas por el actor, referentes a la prestación reconocida a favor de la actora?*

## **5.3. TESIS DE LA SALA**

La Sala confirmará la decisión de instancia. La asignación reconocida a favor de la actora data de 1997, por lo que es procedente la reliquidación, dada la variación en lo percibido, con respecto a los demás empleados públicos.

## **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



**Rad. 13-001-33-33-014-2018-00199-01**

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 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. 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. Parágrafo. 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.

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.

**Rad. 13-001-33-33-014-2018-00199-01**

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 militar 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 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*



**Rad. 13-001-33-33-014-2018-00199-01**

*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 cada vez y con el mismo porcentaje en que se incrementa 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”.*



**Rad. 13-001-33-33-014-2018-00199-01**

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 parágrafo 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 parágrafo: 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”.*

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

Rad. 13-001-33-33-014-2018-00199-01

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 2007<sup>10</sup>.

*“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.

Dicha tesis jurisprudencial fue reiterada y concretada en la sentencia de 15 de noviembre de 2012<sup>11</sup>.

*“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.*

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 17 de mayo de 2007, Expediente 8464-2005.

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 15 de noviembre de 2012, expediente 0907-2011.



**Rad. 13-001-33-33-014-2018-00199-01**

*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**

El 18 de agosto de 1998<sup>12</sup>, fue reconocida a favor de Jackeline Silva Meza - esposa-, Manuel Torres Silva -hijo menor de edad- y Erika Torres Silva -hija menor de edad- una *pensión mensual por muerte*. En el acto de reconocimiento, se precisó que el mismo se hacía en razón a la muerte en servicio activo del Sr. Manuel Torres Centeno.

---

<sup>12</sup> Folio 21 del archivo 02 del expediente digitalizado.



Que la muerte del uniformado se produjo dentro de los parámetros establecidos en el artículo 165 del decreto 1212/90

En consecuencia el Director General de la Policía Nacional ascendió en forma póstuma mediante resolución No.01282 del 280498, al grado de Sargento Primero al Sargento Viceprimero TORRES CENTENO MANUEL.

Que por haber fallecido en actividad causó derecho al reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales, liquidación que se elaboró con base en la hoja de servicios, informativo por muerte y las partidas señaladas en el(los) artículo 140 decreto 1212 del 08-JUN-1990; computables para prestaciones sociales, correspondiéndole la suma de \$37,652,292.00 por concepto de cesantía definitiva y un valor de \$50,203,056.00 como indemnización por muerte.

Al momento de su deceso, el finado contaba con 18 años, 3 meses y 27 días de servicio<sup>13</sup>.

El 30 de mayo de 2018<sup>14</sup>, la hoy accionante -a través de apoderado- elevó una petición en el sentido de obtener la reliquidación de las mesadas pensionales percibidas entre 1997 y 2004.

El 25 de julio de 2018<sup>15</sup>, la hoy accionada dio alcance a la petición de la actora, desestimándola. Expuso que la prestación se regía por una norma especial que contemplaba en su tiempo la variación porcentual de acuerdo a decretos emitidos por el Gobierno Nacional, por tanto, no procedía aplicar cuerpo normativo diferente.

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

Se hace evidente que la pretensión de la actora en el asunto que hoy ocupa la atención de la Sala es la reliquidación de la *pensión por muerte* reconocida a su favor. El artículo 165 del Decreto 1212 de 1990, fue el fundamento para reconocer la prestación que hoy es objeto de debate.

*“ARTICULO 165. Muerte en actos especiales del servicio. A partir de la vigencia del presente Estatuto, el Oficial o Suboficial de la Policía Nacional que muera en servicio activo, en actos meritorios del servicio, en combate o como consecuencia de la acción del enemigo bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento o restablecimiento del orden público, será ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado. Además, sus beneficiarios, en el orden establecido en este Estatuto, tendrán derecho a las siguientes prestaciones:*

*(...)*

*c. Si el Oficial o Suboficial hubiere cumplido doce (12) o más años de servicio, a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual, la cual será*

<sup>13</sup> A folio 79 del archivo 02 del expediente digitalizado, se encuentra respuesta a petición de la actora, donde se devela dicha información.

<sup>14</sup> Folio 5 del archivo 02 del expediente digitalizado.

<sup>15</sup> Folio 13 del archivo 02 del expediente digitalizado.

Rad. 13-001-33-33-014-2018-00199-01

*liquidada y cubierta en la misma forma de la asignación de retiro, de acuerdo con el grado y tiempo de servicio del causante (...)*”.

Para la Sala, la decisión adoptada por el despacho de instancia debe ser confirmada, de acuerdo con los argumentos que se avecinan.

**La prestación fue reconocida en el lapso comprendido entre 1997 y 2004.** El Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo se ha encargado de clarificar la interpretación frente a la actualización de las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, a partir del régimen prestacional especial que los cobija –principio de oscilación–; la Ley 238 de 2005 que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 –actualización por I.P.C.– así como de la Sentencia de Sala Plena de la Sección Segunda del 17 de mayo de 2007.

El método tradicional utilizado para la actualización y reajuste de las mesadas pensionales de los oficiales y suboficiales es el principio de oscilación, regla bajo la cual todas las variaciones que se introduzcan a las asignaciones que son percibidas en actividad influyen en la asignación de retiro. Principio que se traduce en garantía del derecho a la igualdad de remuneración entre los miembros activos y lo cesantes.

Este régimen de oscilación encuentra sustento normativo en el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 (mediante el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares), que dispone:

*“ARTÍCULO 169. OSCILACION DE ASIGNACION DE RETIRO Y PENSION. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 de este Decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal.*

*Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.*

*PARAGRAFO. Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de Oficiales Generales y de Insignia, Coroneles y Capitanes de Navío, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto.”*

Así mismo el artículo 151 del Decreto 1212 de 1990, en relación el personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, previó:

*“ARTÍCULO 151. OSCILACION 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*



**Rad. 13-001-33-33-014-2018-00199-01**

*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”.*

En el mismo sentido se encuentra el artículo 13 de la Ley 4 de 1992, que ordenó al Gobierno Nacional establecer una escala gradual porcentual con el fin de nivelar la remuneración del personal activo y el retirado de la Fuerza Pública.

Ahora bien, explicó la Alta Corporación que “El legislador mediante la Ley 238 de 26 de diciembre de 1995 adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que los beneficios previstos en los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993, esto es, el reajuste pensional conforme la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, y de la mesada adicional del mes de junio, se harían extensivos a los sectores previstos en el artículo 279 ibídem, entre ellos los miembros de la Fuerza Pública”.

A partir de la expedición de la normativa en comento, miembros retirados de la Fuerza Pública acudieron a la jurisdicción contenciosa administrativa pretendiendo el reajuste de la asignación de retiro en tales términos, es decir, teniendo en cuenta el índice de precios al consumidor. De ahí que el H. Consejo de Estado se pronunciara en Sentencia de Sala Plena de la Sección Segunda<sup>16</sup>.

En dicha oportunidad el Tribunal Supremo accedió a las súplicas de la demanda, al considerar de manera uniforme “i) que el reajuste ordenado sobre la asignación de retiro, con fundamento en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, IPC, incidía directamente en la base de la respectiva prestación pensional, y ii) que a partir del 1 de enero de 2005 el reajuste de las asignaciones de retiro del personal de la Fuerza Pública, que había cesado en la prestación de sus servicios, debía efectuarse conforme al principio de oscilación previsto en el artículo 42 del decreto 4422 de 2004”.

De esto derivó que el derecho al reajuste de la asignación de retiro conforme al índice de precios al consumidor, de acuerdo a lo previsto en la Ley 238 de 1995, si produjo efectos jurídicos frente a los miembros retirados de la Fuerza Pública, empero el derecho quedó limitado una vez se expidió el Decreto 4422 de 2004, debido a que el artículo 42 nuevamente estableció el sistema tradicional de oscilación.

*“(…), 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*

<sup>16</sup> de 17 de mayo de 2007, Rad. 8464-2005, M.P. Jaime Moreno García.



**Rad. 13-001-33-33-014-2018-00199-01**

*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. Una interpretación en contrario desconocería el derecho constitucional de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de sumesada, consagrado en dos enunciados normativos distintos de la Constitución Política, esto es, en el inciso sexto del artículo 48[6] y en el inciso tercero del artículo 53[7], derecho que a juico de la Sala constituye una expresión del principio de Estado Social de Derecho, de la protección especial que establece la carta Política a las personas de la tercera edad y de los derechos a la igualdad y al mínimo vital y móvil”<sup>17</sup>.*

Luego, en aplicación a las garantías constitucionales que rigen en materia laboral, el derecho de la demandante a devengar actualmente su asignación de retiro debidamente actualizada y con la finalidad de evitar la pérdida de poder adquisitivo de la pensión, el H. Consejo de Estado ha concebido que la actualización que debió realizarse sobre la mesada pensional de los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 deben verse reflejadas en la base de asignación de retiro que viene percibiendo.

*“(…) Como es sabido, la asignación de retiro es una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez. Así lo ha sostenido la Corte Constitucional:*

*“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.*

*Entonces, dada la naturaleza de la asignación de retiro, como una prestación periódica, es claro que el hecho de que se haya accedido a la reliquidación de la base con fundamento en el IPC, hace que tal monto se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro de manera ininterrumpida, pues como se ha precisado en anteriores oportunidades<sup>10</sup> las diferencias reconocidas a la base pensional sí deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores.*

*Así las cosas, esta Sala habrá de precisar que como quiera que la base pensional se ha ido modificando desde 1997, con ocasión de la aplicación del IPC, es claro que necesariamente este incremento incide en los pagos futuros y por ende mal puede establecerse limitación alguna, cuando este incremento no se agota en un tiempo determinado”<sup>18</sup>.*

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “A”. C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Veintisiete (27) de Enero de 2011. Rad. No.: 25000-23-25-000-2007-00141-01(1479-09)Actor: Javier Medina Baena.

Rad. 13-001-33-33-014-2018-00199-01

Al aplicar el análisis normativo y jurisprudencial reiterado del H. Consejo de Estado, y verificar que el porcentaje del I.P.C. en las anualidades que solicita el extremo activo de la Litis, advierte la Sala que en efecto existe una diferencia porcentual ostensible en los porcentajes de incremento establecido por el Gobierno Nacional y los determinados en el I.P.C., por lo que bien hizo el Despacho de origen en conceder las pretensiones de la demanda.

Así, no son de recibo los argumentos expuestos por la accionada en relación con la inescindibilidad normativa. La decisión adoptada en instancia encuentra sustento en numerosas decisiones del H Consejo de Estado.

**Resulta 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 el recurso de apelación.

Siendo así, al haber sido vencida la presunción de legalidad del acto, no queda otro camino que confirmar su inoponibilidad.

#### **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.

En consecuencia, se condenará a la parte demandada en costas de segunda instancia, las cuales serán liquidadas por el Despacho de origen.

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 30 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Catorce Administrativo del Circuito de Cartagena, conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

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



Rad. 13-001-33-33-014-2018-00199-01

**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**

Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado	13-001-33-33-014-2018-00199-01
Demandante	JACKELINE DEL CARMEN SILVA MEZA
Demandado	CASUR
Magistrado Ponente	Óscar Iván Castañeda Daza

