



Sentencia 2014-00243 de 2020 Consejo de Estado

FIJACIÓN DEL RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DE LA FUERZA PÚBLICA- Competencia

Al legislador le corresponde establecer, en ejercicio de su competencia, el marco en el cual deberá actuar el Gobierno Nacional para efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, a través de leyes marco. En este orden de ideas, con fundamento en tal facultad, el legislador expidió la Ley 4ª de 1992, la cual en su artículo 1º prevé que el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en ésta, fijará el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva, cualquiera que sea su denominación, régimen jurídico o sector, de los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República, de los miembros del Congreso Nacional, y de la Fuerza Pública. A su turno, el artículo 4 de la Ley 4ª de 1992, dispuso que el Gobierno Nacional modificará el sistema salarial correspondiente a los empleados de la Fuerza Pública, entre otros, aumentando sus remuneraciones. Igualmente, se determinó que podrá modificar el régimen de viáticos, gastos de representación y comisiones de tales empleados. De lo anterior se concluye que las asignaciones básicas del personal de la Fuerza Pública están sujetas a los decretos que 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.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA- ARTÍCULO 150 NUMERAL 19 LITERAL E/ LEY 4 DE 1992 - ARTÍCULO 4

ASIGNACIÓN DE RETIRO - Reajuste de acuerdo al IPC / ASIGNACIÓN DE RETIRO -Reajuste ASIGNACIÓN DE RETIRO -Reajuste con la asignación básica de General / PRINCIPIO DE OSCILACIÓN

desde la entrada en vigor de la Ley 238 de 1995, el personal de la Fuerza Pública, en atención al artículo 14 *idem*, podía tener derecho al reajuste de sus mesadas pensionales de conformidad con la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE. Situación que varió con la Ley 923 de 2004 que volvió a consagrar el principio de oscilación(...)esta Subsección considera que no es posible acceder a dicha pretensión, comoquiera que, en virtud del Decreto 107 de 1996, los sueldos básicos y prestaciones salariales de los miembros de la Fuerza Pública aumentan anualmente en los porcentajes establecidos por el Gobierno Nacional, sin que sea dable tomar como parámetro de ajuste el IPC del año inmediatamente anterior.

De cara a lo alegado por el recurrente, se advierte que el reajuste de las asignaciones de retiro se realiza conforme con el principio de oscilación regulado por la Ley 923 de 2004, artículo 3 numeral 3.13, que a la letra dice “[e]l 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”.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993-ARTÍCULO 11 / LEY 797 DE 2003 / LEY 100 DE 1993-ARTÍCULO 279 / LEY 238 DE 1995 / DE 2004 - ARTÍCULO 42 DECRETO 4433 DE 2004

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Radicación número: 13001-23-33-000-2014-00243-01(3047-15)

Actor: GERMÁN ESCOBAR GONZÁLEZ

Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Ley 1437 de 2011

Asunto : Reajuste de salario y de asignación de retiro - Aplicación del principio de oscilación.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 26 de marzo de 2015¹, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Pretensiones

El señor Germán Escobar González, actuando a través de apoderada, acudió a la jurisdicción en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para solicitar la nulidad del siguiente acto administrativo:

Oficio 2013-59907 del 17 de octubre de 2013², proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, que le negó el reajuste y reliquidación de los sueldos básicos, tomando como referente la nueva asignación básica del grado de General, reajustada en el 35.55%.

A título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordene a la demandada, reconocer, reliquidar y reajustar los sueldos básicos tomando como referente la asignación básica del grado de General reajustada en un 35.55%, aplicando el porcentaje establecido en cada una de las escalas fijadas anualmente, de conformidad con los decretos por medio de los cuales el Gobierno Nacional fijó los sueldos básicos para el personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, oficiales, suboficiales, agentes y personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional.

Solicitó que se cancele la diferencia que resulte entre lo pagado y lo que debió pagarse por no haberse reajustado el sueldo básico tomando como referente la asignación básica reajustada al grado de General.

Requirió que se condene a la demandada a pagar las sumas indexadas que resulten por concepto del reajuste en los términos de los artículos 192 a 195 de la Ley 1437 de 2011, 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 con la inclusión en la nómina.

1.1. Hechos

Los hechos en que se fundan las pretensiones de la demanda son los siguientes³:

Mediante la Resolución 0078 del 14 de febrero de 1977⁴, la Caja de Retiro de las Fuerzas Armadas, reconoció al actor una asignación de retiro a partir del 30 de noviembre de 1976, en cuantía equivalente al 85% del sueldo, incluyendo las partidas computables de Ley.

Adujo que el Decreto 107 de 1996, implementó el método de escala gradual porcentual para la fijación de los sueldos básicos de los miembros de la fuerza pública, tomando como referente la asignación básica del grado de General.

Refirió que con la creación de las escalas salariales se buscaba preservar la total aplicación y protección del principio fundamental de igualdad salarial; principio erigido por la Constitución Nacional y la Ley 4 de 1992, con el fin de que el incremento de quienes ganen menos sea porcentualmente fijado con relación al salario base del funcionario de mayor jerarquía en aplicación de los principios de igualdad y proporcionalidad.

Indicó que el grado de general conforme con el artículo 217 de la Constitución Política y los decretos que rigen la carrera de los oficiales, tanto de las fuerzas militares como de la Policía, corresponde a la cúspide de la pirámide de los diferentes grados, tanto activos como retirados y, sin lugar a duda corresponde al grado que refiere en el artículo 1 de los decretos que fijan los sueldos básicos para el personal de la Fuerza Pública.

Señaló que el valor de la asignación básica del grado de General presenta diferencias asimétricas entre la asignación básica con la cual, actualmente, se están liquidando los sueldos básicos a los miembros de la fuerza pública, cuyo monto para el año 2011 es \$4.228.407; mientras que la asignación básica reajustada al grado de General es un 35.55%, para el mismo año cuyo monto fijado es de \$6.061.742.

Manifestó que, en aplicación del principio de favorabilidad, al actor le asiste derecho a que el sueldo básico, como partida computable de asignación de retiro, le sea liquidado teniendo como referente la asignación básica del Grado de General, reajustada en el 35.55% aplicando sobre esta los porcentajes establecidos en la escala gradual.

1.2. Normas violadas y concepto de violación

Se señalan las siguientes:

De la Constitución Política de 1991, los artículos 2, 6, 13, 48, 53, 58, 90 y 209.

De la Ley 93 de 2004

Decreto 4433 de 2004, artículos 13, 42 y 45.

Ley 4 de 1992, artículos 2, 10 y 13.

Artículos 45, 57, 61, 84, 85, 87, 132, 134 a 139, 141, 168, 176 a 178, 206 y 267 del C.C.A.

Precisó que los actos acusados son nulos, por cuanto desconocen los derechos de igualdad, trabajo, la vigencia de un orden justo y la irrenunciabilidad de los derechos laborales, toda vez que, la asignación básica del Grado de General, ha sido reajustada en un 35.55% como lo certifica la Caja de Retiro de las Fuerzas Armadas, lo que demuestra que los valores difieren de forma asimétrica entre la asignación básica del Grado de General, con el cual se está liquidando los sueldos básicos, y la asignación de retiro del demandante.

Señaló que debe tenerse como base para la liquidación del sueldo básico del demandante por principio de favorabilidad, lo establecido en el artículo 53 de la Constitución Política.

2. Contestación de la demanda⁵

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar que el acto administrativo demandado se ajusta a las normas vigentes aplicables a las asignaciones de retiro con base en los decretos ejecutivos expedidos por el Gobierno Nacional, corrobora el régimen prestacional especial que rige para este sector, diferente a la normativa dispuesta para los demás servidores públicos que se enmarcan en el régimen general de seguridad social.

De igual manera señaló, que las sentencias en las que se fundamentan las pretensiones del demandante fueron proferidas en el marco de demandas de nulidad y restablecimiento del derecho que fueron iniciadas en contra de resoluciones y oficios emitidos en cada caso en concreto, los cuales jurídicamente son actos administrativos de carácter particular y concreto, es decir, que "*son respuestas a peticiones individuales y específicas de los demandantes dentro de casa proceso particular*" y por lo tanto, sus efectos son meramente inter partes.

3. Sentencia de primera instancia⁶

El Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante sentencia del 26 de marzo de 2015, negó las pretensiones de la demanda.

Indicó que no es procedente el reajuste del sueldo básico como partida computable de la asignación de retiro del demandante, tomando como referencia la nueva asignación básica del grado de general reajustada en un 35.5%, en virtud de la implementación de la escala gradual y porcentual adoptada a partir del Decreto 107 de 1996, toda vez que los sueldos básicos y prestaciones salariales aumentan anualmente en los porcentajes indicados por el Gobierno, sin tomarse como parámetro de ajuste el IPC del año inmediatamente anterior.

Refirió que el reajuste de las asignaciones de retiro se realiza conforme con el régimen de oscilación, tomando como parámetro de reajuste los porcentajes de aumentos salariales que son realizados anualmente por el Gobierno Nacional para quienes se encuentran en servicio activo. Lo anterior, atendiendo al grado que ostentaba el personal retirado al momento del reconocimiento de su asignación.

Afirmó que en el *Sub examine* está demostrado que mediante Resolución 0078 del 14 de febrero de 1977, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció y ordenó el pago de una asignación de retiro a favor del demandante tomando como base el 85% de la asignación básica y factores salariales devengados al momento de su retiro del servicio y, que el reajuste a la misma se ha realizado en aplicación del régimen de oscilación vigente, tomando como criterio de reajuste los porcentajes de aumento que se han realizado anualmente respecto del grado de Sargento Primero.

Precisó que a partir de la entrada en vigencia de la escala gradual y porcentual que rige los salarios y prestaciones de las Fuerzas Militares y en aplicación del régimen de oscilación, el sueldo básico para reajustar el monto anual de la asignación de retiro del actor, se debe incrementar conforme con el aumento porcentual previsto anualmente para el grado de Sargento Primero, circunstancia que según se afirma en el acto administrativo que se acusa y no se controvierte por la parte actora, ha venido cumpliendo la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Advirtió que si bien es cierto en virtud del principio de favorabilidad de la ley laboral y por permitirlo así el legislador, se ha accedido y se ha reconocido por parte de jueces en casos concretos, el reajuste de asignaciones de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares tomando como parámetro el IPC del año inmediatamente anterior durante los años 1995-2004, ello ha obedecido a que se encuentra demostrado que el reajuste conforme al IPC, resulta mayor al realizado con base en el régimen de oscilación; sin embargo, no implica la variación de los sueldos básicos del Grado de General y demás de la escala de los miembros de la Fuerza Pública, puesto que éstos siguen siendo para cada año los fijados por el Gobierno Nacional.

Precisó que no se puede ordenar el reajuste del sueldo básico del actor computable para liquidar su asignación de retiro y por tanto el reajuste de esta prestación con base en el valor del sueldo de General reajustado, pues por un lado, las sentencias que ordenaron dicho reajuste tienen efectos interpartes, al punto que no ha variado ni se ha desconocido la facultad que tiene el ejecutivo nacional para fijar anualmente dicha asignación; y por otro, porque como antes se indicó, los reajustes por IPC se han reconocido en la medida en que resulten ser más favorables en cada caso concreto, situación que no está probada y no se discute en el presente caso.

Concluyó que el acto administrativo demandado no desconoce el principio de favorabilidad en materia laboral. Por el contrario, mal haría en ordenar un reajuste del sueldo básico para la liquidación de la asignación de retiro del actor, tomando como base la asignación del Grado de

General que no ha sido establecida por el ejecutivo y que se afirma en la demanda, ha sido producto del análisis normativo y fáctico de una situación en particular.

Condenó en costas y agencias enderecho.

4. Recurso de apelación⁷

El señor German Escobar González, actuando a través de apoderada, interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Tribunal.

Sostuvo que a lo largo del proceso, quedó establecido que la controversia se centra en el derecho que se le reajuste y reliquide el sueldo básico al actor teniéndose como referente la asignación básica del grado de General, ya reajustada *“aplicándose los porcentajes previstos anualmente conforme a la escala gradual fijada a partir del Decreto 107 de 1996 en aplicación al principio de favorabilidad establecido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia en concordancia con lo dispuesto en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo; por cuanto el sueldo básico del grado que ostenta (...) su poderdante depende gradual y porcentualmente de la asignación básica del grado de General y de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de los decretos mediante los cuales se fijan los sueldos a los miembros de la Fuerza Pública. La asignación básica de un General en situación de retiro en actividad tiene injerencia en la asignación de retiro de (...) su representado”*

5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes guardaron silencio.

6. Concepto del Ministerio Público. El Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el inciso primero del artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, le corresponde al Consejo de Estado conocer en segunda instancia de las apelaciones contra las sentencias dictadas por los tribunales administrativos.

2.2. Problema Jurídico

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, le corresponde a la Sala establecer si revoca la sentencia del Tribunal Administrativo de Bolívar, que negó las pretensiones de la demanda.

Para el efecto se analizará si el señor German Escobar González, quien al momento de su retiro ostentaba el grado de Sargento Primero, tiene derecho a que se le reajuste el sueldo básico como partida computable para liquidar su asignación de retiro tomando como referente la nueva asignación básica del grado de general reajustada en un 35.55%.

Con el fin de resolver el problema jurídico se abordarán los siguientes aspectos: 2.2.1. Marco normativo y jurisprudencial; 2.2.2. Hechos probados y 2.3. Caso concreto.

2.2.1. Marco normativo y jurisprudencial

2.2.1.1. Régimen salarial y prestacional del personal de la Fuerza Pública

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 numeral 19 literal e) de la Constitución Política, la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, incluidos los integrantes de la Fuerza Pública, no es un asunto privativo de la competencia del Gobierno Nacional, sino que para ello debe concurrir también el legislador. En tal sentido se establece:

“ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

...

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

...

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública”.

Así, se precisa que al legislador le corresponde establecer, en ejercicio de su competencia, el marco en el cual deberá actuar el Gobierno Nacional para efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, a través de leyes marco.

En este orden de ideas, con fundamento en tal facultad, el legislador expidió la Ley 4ª de 1992, la cual en su artículo 1º prevé que el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en ésta, fijará el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva, cualquiera que sea su denominación, régimen jurídico o sector, de los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República, de los miembros del Congreso Nacional, y de la Fuerza Pública.

A su turno, el artículo 4 de la Ley 4ª de 1992, dispuso que el Gobierno Nacional modificará el sistema salarial correspondiente a los empleados de la Fuerza Pública, entre otros, aumentando sus remuneraciones. Igualmente, se determinó que podrá modificar el régimen de viáticos, gastos de representación y comisiones de tales empleados.

De lo anterior se concluye que las asignaciones básicas del personal de la Fuerza Pública están sujetas a los decretos que 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.

2.2.1.2. De la especialidad del régimen prestacional de la Fuerza Pública, el incremento de las asignaciones de retiro con el IPC y el principio de oscilación

El Sistema General de Pensiones es de aplicación general, así se desprende del texto del artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 797 de 2003. Sin embargo, la misma norma en su artículo 279 dispuso 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, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas (...).”.*

De tal manera que los integrantes de la Fuerza Pública, en principio, se encuentran excluidos del Sistema Integral de Seguridad Social previsto en la Ley 100 de 1993. Así que, solo por vía de excepción, en virtud del principio de favorabilidad, la Sala lo ha aplicado al personal de la Fuerza Pública.

Como viene de explicarse, los integrantes de la Fuerza Pública tienen derecho a un régimen prestacional especial, cuya finalidad consiste en que tengan medidas de protección superiores a las establecidas en el sistema general de seguridad social, esto, con el objeto de *“propender por la igualdad material, la equidad y la justicia social de las minorías beneficiadas con la especial protección prevista en la Constitución”*⁸.

La especialidad de dicho régimen se justifica en que los miembros de la Fuerza Pública desarrollan una actividad de riesgo latente para defender

la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional⁹, y mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz¹⁰. En tal sentido, la Corte Constitucional ha precisado que:

“Este régimen especial a partir del potencial riesgo que comportan sus funciones, tiene su origen no sólo en la consagración expresa de los citados artículos de la Constitución, sino también en el mismo artículo 123 de la Carta Política que establece la diversidad de vínculos jurídicos que se presentan en el desarrollo de la función pública (v.gr. los miembros de corporaciones públicas, los empleados públicos y los trabajadores oficiales); y que, en mayor o menor medida, con sujeción a lo previsto en el artículo 150-19 del mismo estatuto Superior, permite al legislador regular de diversa manera el régimen salarial, prestacional y de seguridad social de dichos servidores.

(...)

Ya la Corte, en diversas oportunidades, ha reconocido que la diversidad en el tratamiento prestacional de los miembros de la fuerza pública tiene su origen en la naturaleza riesgosa de las funciones que desarrollan y que, a su vez, cumple con el fin constitucional de compensar el desgaste físico y mental que implica el estado latente de inseguridad al que se somete al militar y a los miembros de su familia durante largos períodos de tiempo.”¹¹

Ahora bien, bajo el artículo original 279 de la Ley 100 de 1993, los pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional no eran acreedores del reajuste de sus pensiones como lo dispone el artículo 14 *ídem*,¹² vale decir, teniendo en cuenta la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, sino mediante el principio de oscilación frente de las asignaciones salariales de los integrantes de la Fuerza Pública en actividad.

Empero, posteriormente la Ley 238 de 1995 adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, en los siguientes términos:

“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.”

Lo anterior significa que a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995, el grupo de pensionados de los sectores excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993, sí tenían derecho a que se les reajustaran sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE.

Valga aclarar que cuando la norma transcrita se refiere a los pensionados, dicho término alude también a los miembros de la Fuerza Pública que hayan obtenido su asignación de retiro, tal como lo dispuso la Corte Constitucional en sentencia C - 432 de 2004, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil, cuando determinó que la asignación de retiro es una modalidad de prestación social que se asimila a la pensión de vejez. Así se lee en la citada sentencia:

“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.

Un análisis histórico permite demostrar su naturaleza prestacional. Así, el artículo 112 del Decreto 501 de 1955, es inequívoco en establecer a la asignación mensual de retiro dentro del catálogo de prestaciones sociales a que tienen derecho los oficiales o suboficiales de la fuerza pública. En idéntico sentido, se reitera la naturaleza prestacional de dicha asignación, en los artículos 101 y subsiguientes del Decreto 3071 de 1968”.

Es así como desde la entrada en vigor de la Ley 238 de 1995, el personal de la Fuerza Pública, en atención al artículo 14 *ídem*, podía tener derecho al reajuste de sus mesadas pensionales de conformidad con la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE. Situación que varió con la Ley 923 de 2004 que volvió a consagrar el principio de oscilación, así:

“Artículo 3°. 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, estableció:

“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”.

Sobre el reajuste de la asignación de retiro atendiendo al principio de oscilación, en reiterada jurisprudencia, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha manifestado que¹³:

“1.- Con la entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995 (26 de diciembre de 1995 fecha de su publicación), las excepciones consagradas en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 presentaron una modificación consistente en que a los pensionados de los sectores allí contemplados, entre ellos los de las Fuerzas Militares y Policía Nacional,¹⁴ en virtud del principio de favorabilidad¹⁵ y conforme a los artículos 14 y 142 de la Ley 100 de 1993 se les podía reajustar la asignación de retiro conforme al índice de precios al consumidor del año inmediatamente anterior certificado por el DANE y la mesada 14, respectivamente, siempre que el incremento realizado por el Gobierno Nacional en los Decretos anuales de las asignaciones en actividad de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional sea inferior.

2.- En vigencia de la Ley 238 de 1995 el reajuste por favorabilidad de las asignaciones de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional conforme al índice de precios al consumidor señalada en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 en cada caso concreto aplica desde el año de 1996 hasta el 2004, toda vez que a partir del 1.º de enero de 2005 se implementó nuevamente la aplicación del principio de oscilación a través de la expedición del Decreto 4433 de 2004.

3.- El reajuste conforme al IPC, incide directamente en la base de la respectiva prestación pensional y debe servir para la liquidación de los incrementos que a partir del año 2005 se efectuaran sobre dicha prestación.

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 1º de enero de 2005 deben tener en cuenta el incremento de la variación porcentual del índice de precios al consumidor de los años 1996 a 2004”.

2.2.2. Hechos probados

Situación laboral del actor

El señor German Escobar González laboró al servicio de La Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Armada Nacional, por término de 26 años, 2 meses y 20 días, desempeñando como último grado el de Suboficial (Jefe) en la BASE NAVAL ARC en Bolívar, conforme se acredita en la Hoja de Servicios 127 ARC del 10 de octubre de 2013, que obra en el expediente¹⁶.

Mediante Resolución 0290 del 5 de noviembre de 1976, fue retirado del servicio activo de las Fuerzas Militares- Armada Nacional por solicitud propia, con novedad fiscal a partir del 1 de diciembre de 1976, según lo establecido en el numeral 1 del literal a) artículos 95 y 119 del Decreto 2337 de 1971¹⁷.

A través de la Resolución 0078 del 14 de febrero de 1977¹⁸, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció y ordenó el pago de la asignación de retiro al demandante, a partir del 1 de marzo de 1977, en cuantía equivalente al 95% del sueldo de actividad correspondiente a su grado¹⁹.

Actuación administrativa

El 3 de octubre de 2013²⁰, el demandante mediante derecho de petición solicitó al Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, *"el reajuste y reliquidación del sueldo básico como partida computable de la asignación de retiro, tomándose como referente la asignación básica del Grado de General REAJUSTADA, conforme la modalidad de reajuste pensional, con fundamento en la Ley 238 de 1995, aplicándose el porcentaje gradual de la escala conforme los decretos 107 de 1996, 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 y 1050 de 2011, mediante los cuales el Gobierno Nacional anualmente fija los sueldos básicos para el personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, oficiales, suboficiales, agentes y personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional"*.

Mediante Oficio 2013-59907 del 17 de octubre de 2013²¹, la Subdirectora de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, negó lo pretendido por el actor al indicar que la *"asignación de retiro le fue concedida teniendo en cuenta la normatividad dispuesta para ese fin y el régimen prestacional de las Fuerzas Militares no ha sido modificado ni derogado, por tanto, los reajustes anuales de los salarios básicos se efectúan a través de decreto ejecutivo expedido por el Gobierno Nacional para cada año"*.

Escrito del 7 de octubre de 2014, presento por el actor ante la entidad demandada, por medio del cual solicita que se reajuste y reliquide el sueldo básico como partida computable de la asignación de retiro, tomándose como referente el 100% de la asignación básica del Grado de General, reajustada por orden judicial, en un 35.5%

Relación de sueldos básicos reajustados al personal con asignación de retiro por concepto de IPC, respecto de los Decretos 1530 de 2010 y 1050 de 2011²².

2.3. Caso concreto

El señor German Escobar González, en su condición de Sargento Primero (Jefe) de la Armada, solicita la nulidad del acto administrativo que le negó el reajuste y reliquidación del sueldo básico como partida computable de la asignación de retiro, tomando como referente el 100% de la asignación básica del grado de General reajustada por orden judicial en un 35.55%.

El Tribunal Administrativo de Bolívar negó las pretensiones de la demanda, al considerar que no es procedente el reajuste del sueldo básico como partida computable de la asignación de retiro del demandante tomando como referencia la nueva asignación básica del grado de general reajustada en un 35.5%, en virtud de la implementación de la escala gradual y porcentual adoptada a partir del Decreto 107 de 1996, toda vez que los sueldos básicos y prestaciones salariales aumentan anualmente en los porcentajes indicados por el Gobierno, sin tomarse como parámetro de ajuste el IPC del año inmediatamente anterior. Más aun, que el reajuste de las asignaciones de retiro se realiza conforme con el régimen de oscilación.

Inconforme con esta decisión, la parte actora interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia del Tribunal bajo el argumento de que *"se le reajuste y reliquide el sueldo básico al actor teniendo como referente la asignación básica del grado de General; (...)*

por cuanto el sueldo básico depende de la asignación del grado de General”.

En este orden de ideas, se tiene que en el presente asunto está probado que el señor German Escobar González Corpas ostenta la condición de Sargento Primero²³ retirado de la Armada Nacional; entidad a la que prestó sus servicios por más de 20 años, y le fue reconocida su asignación de retiro mediante Resolución 0078 del 14 de febrero de 1977²⁴.

En el *sub judice* la Sala advierte que el demandante pretende el reajuste del sueldo básico que es tomado como base para la liquidación de su asignación de retiro conforme con el salario que devenga el grado de General, reajustado con el IPC; esto es, con el 35.55%, que para el año 2011 ascendía a \$6.061.742 pesos.

No obstante, esta Subsección considera que no es posible acceder a dicha pretensión, comoquiera que, en virtud del Decreto 107 de 1996, los sueldos básicos y prestaciones salariales de los miembros de la Fuerza Pública aumentan anualmente en los porcentajes establecidos por el Gobierno Nacional, sin que sea dable tomar como parámetro de ajuste el IPC del año inmediatamente anterior.

De cara a lo alegado por el recurrente, se advierte que el reajuste de las asignaciones de retiro se realiza conforme con el principio de oscilación regulado por la Ley 923 de 2004, artículo 3 numeral 3.13, que a la letra dice “[e]l 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”.

Disposición reiterada por el artículo 42 del Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004²⁵, en atención al grado que ostentaba el personal retirado al momento del reconocimiento de su asignación.

Por lo anterior, esta Colegiatura precisa que está demostrado en el *sub lite* que la entidad demandada mediante Resolución 0078 de 1977, reconoció y ordenó el pago de una asignación mensual de retiro equivalente al 85% del sueldo básico y partidas legalmente computables devengadas al momento del retiro del servicio, en aplicación del principio de oscilación vigente, y aplicando como criterio de reajuste los porcentajes de aumento que se han realizado anualmente respecto del grado de Sargento Primero. En ese orden de ideas, se observa que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares ha tenido en cuenta la posición fijada por el Gobierno Nacional y la Ley como sistema de reajuste prestacional y salarial de régimen especial, bajo el cual están cobijados los miembros de la Fuerza Pública.

Delimitado lo anterior, es necesario advertir que si bien, en aplicación del principio de favorabilidad, se reconoció por parte de los jueces que durante los años 1995 a 2004 las asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, se reajustarían tomando como referente el IPC del año inmediatamente anterior, siempre y cuando se evidenciara que dicho reajuste fuera mayor del realizado con base en el régimen de oscilación; lo cierto es, que ello no implicó la variación del sueldo básico del grado de General, comoquiera que éste sigue siendo el fijado por el Gobierno Nacional de manera anualizada.

Por consiguiente, como ya se señaló, los sueldos básicos y prestaciones salariales aumentan anualmente en los porcentajes indicados por el Gobierno, sin tomarse como parámetro de ajuste el IPC del año inmediatamente anterior. Además, que el reajuste de las asignaciones de retiro se realiza conforme al régimen de oscilación.

Por otra parte, reitera esta Subsección que *“la base de liquidación es una sola y su cálculo se realiza al momento en que se reconoce la prestación con base en el salario que percibían al momento del retiro. Una vez reconocida la asignación de retiro, la misma cada año es incrementada en un porcentaje igual a la del personal en actividad para cada grado”*, tal como lo indicó la Sección Segunda, Subsección A en un caso de similares condiciones fácticas al presente²⁶.

Por razón de lo anterior, se considera que el accionante no tiene derecho a que se le reajuste el sueldo básico como partida computable para liquidar su asignación de retiro tomando como referente la asignación básica del grado de General, por cuanto quedó demostrado que el incremento realizado a la asignación de retiro por parte de la entidad demandada se llevó a cabo conforme con el régimen especial vigente. Esto es, tomando como criterio de reajuste los porcentajes de aumento que se han realizado anualmente para el grado de Sargento Primero de

conformidad con los parámetros fijados por el Gobierno Nacional.

De la condena en costas

De la interpretación del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, esta Sala ha sido del criterio que la norma transcrita deja a disposición del juez valorar la procedencia o no de la condena en costas, ya que para ello debe examinar la actuación procesal de la parte vencida, debe tener certeza de su causación y que la conducta desplegada adolece de temeridad y mala fe, no basta el simple hecho de las resultados del proceso²⁷.

En el caso concreto, si bien es cierto, la parte demandante fue vencida en el proceso, no es menos que revisado su proceder a lo largo de la actuación, no se evidencia temeridad o mala fe, sino simplemente la defensa propia de sus intereses. Sin embargo, dado que el fallo apelado, en el numeral segundo de la parte resolutive la condenó en costas, se dispondrá su revocatoria, conforme se ha precisado.

III. DECISIÓN

En atención a estas consideraciones, la Sala desestima el recurso de apelación presentado por la parte actora y, por ende, confirmará la sentencia de primera instancia del Tribunal Administrativo de Bolívar que negó las pretensiones de la demanda, salvo en lo concerniente a la condena en costas que habrá de revocarse.

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

F A L L A

PRIMERO-. REVOCAR el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, proferida el 26 de marzo de 2015, por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

SEGUNDO-. CONFIRMAR la sentencia apelada en los demás aspectos.

TERCERO.- RECONOCER personería la abogada Ángela Regina Truchon Jiménez, con C.C.1.128.053.490 de Cartagena y T.P. 192446 del C.S.J, como apoderada del señor German Escobar González, en los términos y para los fines del poder conferido y obrante en el expediente²⁸.

CUARTO-. DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada en sesión de la fecha.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1. Folio 172 a 177

2. Folio 14 a 16

3. Folios 17 a 19.

4. Folio 19

5. Folio 40 a 45

6. Folios 172 a 177.

7. Folios 188 a 192

8. Sentencia C-432 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

9. "ARTICULO 217. La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio."

10. "ARTICULO 218. La ley organizará el cuerpo de Policía.

La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario."

11. Sentencia C-432 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

12. "ARTÍCULO 14. REAJUSTE DE PENSIONES. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán

anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.

(...)”.

13. *Al respecto, entre otras, se pueden consultar las siguientes providencias: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 17 de mayo de 2007, consejero ponente: Jaime Moreno García, expediente 8464-05; sentencia de 9 de octubre de 2017, consejero ponente: William Hernández Gómez, expediente 1865-16; sentencia de 8 de febrero de 2018, consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández, expediente 0014-16, sentencia 5 de mayo de 2016, consejero ponente: William Hernández Gómez, número interno: 1640-2012; sentencia 27 de enero de 2011, consejero ponente: Gustavo Gómez Aranguren, número interno: 1479-2009; sentencia 4 de marzo de 2010, consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, número interno: 0479-2009.*

14. *La Corte Constitucional en la sentencia C-432 de 2004 afirmó que la asignación de retiro se asimilaba a las pensiones de vejez o de jubilación.*

15. *Frente a la aplicación del Decreto 1211 de 1990.*

16. *Folio 17*

17. *Folio 56 vuelta*

18. *Folio 19*

19. *Folios 19 - 20.*

20. *Folio 6 a 8*

21. *Folio 14 a 16*

22. *Folio 22 y 23*

23. *Folio 14 a 16. El grado de Suboficial Jefe de la Armada Nacional equivale al grado de Sargento Primero.*

24. *Folios 19*

25. *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.(...)”*

26. *Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. William Hernández Gómez, proceso con radicado 05001-23-33-000-2013-01350-01*

(1865-2016).

27. Consejo de Estado.Radicación 15001-23-33-000-2013-00072.providencia de 27 de enero de 2017 MP.Carmelo Perdomo Cueter Radicación 13000-33-33-000-2014-00390 (1327-16)providencia de 8 de septiembre de 2017,M.P.Sandra Lissett Ibarra Vélez.

28. Folio 236

Fecha y hora de creación: 2024-07-17 20:01:34