



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, diez (10) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ROSALBA GALINDO AVILA
DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL)
RADICADO: 20-001-33-33-008-2017-00108-01
MAGISTRADO PONENTE: OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA

I. ASUNTO.-

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en el presente asunto, en contra de la sentencia de fecha 5 de abril de 2019, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, que resolvió¹:

“PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Sin condena en costas, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente.

TERCERO.- Efectuar las anotaciones correspondientes en el programa “Justicia Siglo XXI” y una vez se encuentre en firme la presente esta providencia, archívese el expediente”.

1. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES²

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la parte demandante, actuando por conducto de apoderado judicial, elevó las siguientes súplicas:

“1. Que se declare nula la expresión: por el valor mensual el artículo primero de las resoluciones del 3237 del 02 de mayo de 2016, suscrita por la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL) – EJERCITO NACIONAL DE COLOMBIA, mediante la cual se le reconoció las pensiones al accionada y se le reconozca el reajuste total indexado de acuerdo a la liquidación y hasta que se haga efectivo el pago de los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.

¹ Folio 118 a 129 del expediente.

² Folio 32 a 33 del expediente.

2. Que se declare nulo el oficio suscrito por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL), mediante la cual se negó el reajuste de la pensión y recibido el día 29 de noviembre de 2016.

3. Ordenar a la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL) – EJERCITO NACIONAL, a que corrija la cuantía de la asignación de retiro que mediante la resolución 3237 de 02 de mayo de 2016, a la sargento primero ROSALBA GALINDO AVILA, por tanto para dicha corrección se debe incluir para efectos del restablecimiento del derecho, el reajuste y reliquidación de la asignación de retiro, pues al momento del retiro, la base salarial en cada grado, NO es la real, por ende, la asignación de retiro se encuentra afectada así como las prestaciones que conforman el integro salarial.

4. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES (CREMIL) – EJERCITO NACIONAL DE COLOMBIA, a que reajuste la asignación de retiro y por tanto pague a favor de la Sargento Primero ROSALBA GALINDO AVILA, una asignación de retiro teniendo en cuenta el IPC de los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, sin tener en cuenta los años 1998 y 2000 por que los incrementos de la Fuerza Pública fue superior al IPC, el incremento antes mencionado rige en Colombia a partir del primero de enero de cada año, esto condujo a una disminución en la base del salario tomado como referente para la asignación de retiro (...)”³.

1.2. ASPECTO FÁCTICO

Los fundamentos fácticos de las pretensiones incoadas por el demandante a través de su apoderado judicial en la presente Litis, podríamos resumirlos así⁴:

La Sra. ROSALBA GALINDO AVILA se vinculó al servicio de las Fuerzas Militares de Colombia.

El 2 de mayo de 2016, por medio de resolución No. 3237, le fue reconocida y se ordenó el pago de una asignación de retiro equivalente al 82% del sueldo de actividad.

El 19 de octubre de 2016, la Sra. ROSALBA GALINDO AVILA elevó una petición a CREMIL en el sentido que le fuera reconocida una reliquidación de su asignación de retiro con respecto a los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 y se ordenara el pago de las diferencias causadas a su favor.

El 29 de noviembre de 2016, CREMIL dio alcance a la solicitud elevada por la actora, negando su procedencia.

1.3. SOBRE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar, mediante sentencia de fecha 5 de abril de 2019, negó las pretensiones de la demanda.

En la providencia se dejó consignado:

³ Folio 32 a 33 del expediente.

⁴ Folio 15 del expediente.

“(…) en el presente proceso, se encuentra acreditado que a la señora ROSALBA GALINDO AVILA, le fue reconocida la asignación mensual de retiro a través de la Resolución No. 3237 del 2 de mayo de 2016 y fue retirada de la actividad militar por solicitud propia el día 31 de mayo de 2016, tal como constan en el texto de la precitada resolución.

Así las cosas, advierte el Despacho que con la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004 (31 de diciembre de 2004), reglamentario de la Ley 923 de 2004, se estableció el límite para el otorgamiento del reajuste de las asignaciones de retiro y pensiones para los miembros de la fuerza pública, teniendo como base el IPC, por lo que a partir de allí el aumento en las mesadas otorgadas a los miembros retirados de las fuerzas militares, se ha hecho igual o por encima del Índice de Precios al Consumidor en aplicación del principio de oscilación el cual incidió de manera positiva en la base de la prestación.

En este orden, se tiene que –como ya se dijo- el reajuste de las asignaciones de retiro conforme al IPC, solamente se aplicaría desde la vigencia de la Ley 238 de 1995 y hasta la expedición del Decreto 4433 de 2004, es decir hasta el 31 de diciembre de 2004.

No obstante, el demandante solicita el reajuste, reliquidación e indexación de la asignación de retiro para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004, cuando aún se encontraba en servicio activo en la institución y no había sido acreedora de una asignación de retiro, por lo que los efectos de la normatividad estudiada no le son aplicables, toda vez que la asignación de retiro le fue concedida tan solo a partir de la resolución No. 3237 del 2 de mayo de 2016, por lo que aplicar el reajuste con anterioridad a esa fecha para reajustar la base salarial, tal como lo pretende el libelista, NO tiene ningún soporte legal, pues con la entrada en vigencia del Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, el reajuste ya no se haría más de conformidad con el IPC, sino con la aplicación del principio de oscilación, previsto en el artículo 42 del citado Decreto.

(…)

Así entonces, se negarán las pretensiones de la demanda, como quiera que la situación de la actora no encaja dentro de los presupuestos normativos y facticos que permitan de manera excepcional reconocer a la asignación de retiro de la que es titular, un incremento conforme al IPC, por lo que NO puede predicarse la violación de las normas constitucionales y legales alegadas en la demanda (…)⁵.

1.4. SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN

1.4.1. PARTE DEMANDANTE⁶

El apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación bajo el argumento que el Juez de instancia debió darle aplicación al IPC por ser una norma favorable y que estuvo vigente mientras la actora mantuvo su vinculación con el Ejército Nacional.

En ese sentido, indicó que se debió dar aplicación al principio de favorabilidad y con ello reliquidar la asignación de retiro de la actora.

⁵ Folio 127 a 128 del expediente.

⁶ Folio 135 a 136 del expediente.

1.5. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 4 de julio de 2019, se admitió el recurso de apelación formulado por la parte demandante⁷, contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar.

Por auto del 25 de julio de 2019, se ordenó a las partes presentar por escrito los alegatos de conclusión⁸.

1.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En esta oportunidad procesal, el Agente del Ministerio Público no emitió concepto.

2. CONSIDERACIONES

No advirtiéndose en este momento procesal ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, contra la sentencia del 5 de abril de 2019.

2.1. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, vigente para la época de presentación de la demanda, es competente esta Corporación para conocer en segunda instancia del recurso de apelación propuesto por la apoderada judicial de la parte demandante, contra la sentencia fechada del 5 de abril de 2019, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Valledupar.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema Jurídico en esta instancia se circunscribe a determinar si la sentencia proferida por el Juzgado Octavo (8º) Administrativo Oral de Valledupar, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda, ha de ser revocada, en virtud de lo afirmado por el apoderado de la parte actora en el sentido de que debió darse aplicación al principio de favorabilidad normativa y reliquidar la asignación de retiro de la actora o si, por el contrario, la decisión adoptada se ajusta a la normatividad aplicable al caso planteado, evento en el cual será necesario confirmar su sentido.

2.3. PRUEBAS

De las pruebas allegadas al expediente, se tiene como hechos probados los siguientes:

La Sra. ROSALBA GALINDO AVILA se vinculó al servicio de las Fuerzas Militares de Colombia.

El 2 de mayo de 2016, por medio de resolución No. 3237, le fue reconocida y se ordenó el pago de una asignación de retiro equivalente al 82% del sueldo de actividad.

El 19 de octubre de 2016, la Sra. ROSALBA GALINDO AVILA elevó una petición a CREMIL en el sentido de que le fuera reconocida una reliquidación de su asignación

⁷ Folio 143 del expediente.

⁸ Folio 146 del expediente.

de retiro con respecto a los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 y se ordenara el pago de las diferencias causadas a su favor.

El 29 de noviembre de 2016, CREMIL dio alcance a la solicitud elevada por la actora, negando su procedencia.

2.4. ANÁLISIS DEL CASO A LA LUZ DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS POR LAS PARTES

Rememora la Sala que la inconformidad de la parte actora, según lo consignado en la demanda, recae en la liquidación de la asignación de retiro, la cual es catalogada como irregular, en el entendido que los incrementos para los años 1997, 1999, 2002, 2003 y 2004 estuvieron por debajo del Índice de Precios al Consumidor, generando un detrimento en las asignaciones de retiro.

Ahora bien, con el fin de proveer a la presente providencia de un marco normativo apropiado, resulta dable resumir las siguientes disposiciones normativas, así:

La Ley 4 de 1992, artículo 1, autorizó al Gobierno Nacional a fijar regímenes salariales y prestacionales de, entre otros, los miembros de la fuerza pública.

En ejercicio de tal facultad, expidió la Ley 100, mediante la cual estableció un complejo sistema prestacional. Como norma relevante para el debate del presente proceso, se destaca el contenido del artículo 14, el cual impone la obligatoriedad de reajustar anualmente las pensiones de conformidad con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE; entendiendo esta como la mejor forma de mantener el poder adquisitivo de tales asignaciones.

La norma en comento, consagra:

“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.

PARÁGRAFO. <Parágrafo modificado por el artículo 138 de la Ley 1753 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> El Gobierno nacional podrá establecer mecanismos de cobertura que permitan a las aseguradoras cubrir el riesgo del incremento que podrían tener las pensiones de renta vitalicia inmediata y renta vitalicia diferida de que tratan los artículos 80 y 82 de esta ley cuando el aumento del salario mínimo mensual legal vigente sea superior a la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística para el respectivo año. El Gobierno nacional determinará los costos que resulten procedentes en la aplicación de estos mecanismos de cobertura. El Consejo Superior de Política Fiscal (Confis) otorgará aval fiscal para estas coberturas”.

Sin embargo, la mentada Ley en su artículo 279, excluyó de su aplicación a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, entendiendo que estos se rigen por las disposiciones de un régimen especial.

En efecto, el Decreto 1214 de 1990 establece un régimen prestacional aplicable a los servidores de las fuerzas militares y la Policía Nacional. El mismo en su artículo 169, consagra que las asignaciones pensionales reconocidas a los miembros de tales entidades, habrán de ser reliquidadas con base en el principio de oscilación, lo cual difiere con la manera de reliquidar contenido en la Ley 100 antes mencionada.

Ahora bien, como hecho trascendente para el presente caso, ha de mencionarse que con la expedición de la Ley 238 de 1995, se adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, precisando que las excepciones consagradas en tal norma, no implicaban la negación de sus beneficios, lo cual abrió la puerta a un debate jurídico, relacionado con la manera legal de liquidar una asignación pensional reconocida a un miembro de las fuerzas públicas. Tal debate fue zanjado por la H. Corte Constitucional a través de sentencia C- 941 de 15 de octubre de 2003, expediente D-4531, Magistrado Ponente doctor Álvaro Tafur Galvis, que estudió la constitucionalidad del artículo 151 del Decreto 1212 de 1990, expresando lo siguiente:

“(…) A partir de la vigencia de la ley 238 de 1995 que adicionó el artículo 279 de la ley 100 de 1993 el grupo de pensionados de los sectores excluidos de la aplicación de la ley 100 de 1993, sí tienen derecho a que se les reajuste sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE como lo dispuso el artículo 14 de la última, y a la mesada 14 en los términos del artículo 142 ibídem”.

Así entonces, se entendió que desde la vigencia de la Ley 238 de 1995 era procedente la liquidación de asignaciones de retiro, tomando como base el IPC y no el principio de oscilación, sin embargo, no puede perderse de vista la expedición del Decreto 4433 de 2004, por medio del cual se fija el régimen pensional y asignación de retiro de personal de la fuerza pública, en el entendido que su artículo 42 el cual adopta nuevamente la figura del principio de oscilación a la hora de liquidar las asignaciones de retiro.

Lo anterior conduce a la siguiente conclusión:

El reajuste de la asignación con base en el IPC contenido en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, es aplicable al personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, desde la entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995 que adicionó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, hasta la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, a través de la cual se estableció nuevamente el régimen de oscilación. Es decir que, el incremento del IPC sobre la asignación de retiro se aplica para los años 1996 a 2004.

Como se dijo anteriormente, las pretensiones del hoy demandante buscan la nulidad del acto que negó la reliquidación de la asignación pensional -se transcribe lo plasmado a folio 3 de la demanda- “(…) desde el 1 de enero de 1997 hasta cuando la entidad accionada lo incluya en nómina (...) con el factor del índice de precios al consumidor de los años 1997, 1999, 2002, 2004 y años subsiguientes (...)”.

En sentir del suscrito, las pretensiones antes enunciadas carecen de vocación de prosperar por dos razones básicas:

En primer lugar, sobre la solicitud de reliquidación de los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 contenidas en el acápite de pretensiones, se dirá que de conformidad con la resolución 3237 de 2 de mayo de 2016, por medio de la cual se

reconoció la pensión en disputa, se tiene que la misma fue apenas reconocida en el año 2016, y que precisamente es desde tal fecha que la misma comenzó a causar efectos en tanto el actor laboró hasta el mes de mayo 2016 (véase folio 17 de expediente), de suerte que resulta ilógico solicitar la reliquidación pensional de años en los que la actor no estaba percibiendo, ni tenía derecho a percibir una asignación de retiro, pues era un agente activo del Ejército Nacional.

Ahora, sobre la pretensión de reliquidación de la asignación de los años siguientes, se dirá que la misma fue liquidada de conformidad con el contenido del Decreto 4433 de 2004, aplicable al caso concreto, toda vez que el acto de reconocimiento data del 2 de mayo de 2016, fecha para la cual tal norma estaba vigente, y que la misma aplica el principio de oscilación como método de liquidación de la pensión, el cual es, como se dijo en líneas pasadas, el método legalmente aplicable para pensiones reconocidas con posterioridad al 31 de diciembre de 2004.

Bajo este entendido, la Sala coincide con los argumentos expuestos por el Despacho de instancia en el sentido de afirmar que el hecho que la asignación de retiro cuya reliquidación se solicita haya sido reconocida con posterioridad al año 2004, la hace improcedente.

Por lo anterior, al haber fallado la actora en su intento por demostrar la ilegalidad del acto demandado; o mejor, al haber alcanzado la Sala el convencimiento necesario para ratificar la legalidad del acto en disputa, se llega indefectiblemente a la conclusión que la decisión adoptada en primera instancia, ha de ser confirmada.

3. CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO, ARTÍCULO 188 DEL CPACA.-

La Sala no condenará en costas, habida cuenta que no aparece de que se hubiesen causado, tal como lo exige el numeral 8º del artículo 365 del CGP⁹, aplicable en materia contencioso – administrativa, por remisión expresa del artículo 188 del CPACA¹⁰.

El Consejo de Estado al respecto dispuso:

“En este caso, nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P. Sin embargo, como lo ha precisado la Sala, esta circunstancia debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”. En esas condiciones, se advierte que, una vez revisado el expediente, no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas o agencias en derecho a cargo del ente demandado en ninguna de las dos instancias. Por lo tanto, se revoca la condena en costas en primera instancia y no se condena en costas en segunda instancia”¹¹.

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar,

⁹ “Art. 365.- En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos e que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...)

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

¹⁰ Art. 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN CUARTA, sentencia del 26 de mayo de 2016, Radicación: 13001-23-33-000-2013-00016-01 (21559), C.P. Jorge Octavio Ramírez.

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el pasado cinco (5) de abril de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Octavo (8º) Administrativo del Circuito de Valledupar, de conformidad con lo expuesto *ut supra*.

SEGUNDO: Sin condena en costas de segunda instancia, por no aparecer causadas.

TERCERO: En firme esta sentencia, DEVOLVER el expediente al Juzgado Octavo (8º) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, para lo de su competencia.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Este proveído fue discutido y aprobado en reunión de Sala de decisión efectuada en la fecha. Acta No. 134.



OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA
MAGISTRADO



DORIS PINZÓN AMADO
MAGISTRADA



CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO