Cartagena de Indias D, T y C, veintidós (22) de mayo de dos mil veinte (2020)

1. **RADICACIÓN, IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO Y DE LAS PARTES.**

|  |  |
| --- | --- |
| **Medio de control** | **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** |
| **Radicado** | **13-001-33-33-011-2015-00070-01** |
| **Demandante** | **CESAR AUGUSTO CÁRDENAS MARIÑO** |
| **Demandado** | **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL** |
| **Tema** | **REAJUSTE SALARIAL CON BASE EN EL IPC** |
| **Magistrado Ponente**  | **LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**  |

**I. PRONUNCIAMIENTO**

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 23 de mayo de 2016, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**II. ANTECEDENTES**

**1. PRETENSIONES**

Se declare la nulidad del Oficio No. 20140423330071021/MDCGFM-CARMA-SECAR-JEDHU-DIPER-DINOM-1.10 de fecha 27 de noviembre de 2014, expedido por el Ministerio de Defensa – Armada Nacional, por medio del cual se niega el derecho a la reliquidación del sueldo devengado durante el tiempo que permaneció activo, al señor Capitán de Corbeta Cesar Augusto Cárdenas Mariño, entre 1997 y 2004, en los que su grado recibió incrementos anuales por debajo del IPC.

Como consecuencia de lo anterior, se ordene la reliquidación de su sueldo, incrementándolo en un porcentaje del 19,15%, durante el período comprendido entre el año 1997 y el 2004, debidamente indexado.

**2. HECHOS**

En apoyo de sus pretensiones el accionante manifiesta lo siguiente:

Prestó sus servicios como Capitán de Corbeta y estuvo en servicio activo entre el 19 de diciembre de 1994 y el 9 de diciembre de 2012, cuando se produjo su retiro del servicio.

Durante los años de 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004 su asignación básica fue reajustada en un porcentaje inferior a la variación del índice de precios al consumidor del año inmediatamente anterior.

**3. SENTENCIA APELADA**

El Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena en sentencia del 23 de mayo de 2016, negó las pretensiones de la demanda al considerar que la Fuerza Pública está sometida a un régimen especial sometido a los Decretos que el Presidente de la República establezca, es decir, que en servicio activo no existe oscilación, por lo tanto, era necesario que se pretendiera la inaplicación de los decretos del Gobierno para los años reclamados, porque los mismos gozan de presunción de legalidad y son los que fijaron los aumentos de esos años (1997 – 2004). (Fls. 90 - 95)

**4. RECURSO DE APELACIÓN.**

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, reiterando que el factor salarial que sirvió de base para el reconocimiento de la asignación de retiro que actualmente devenga, está afectado por la no inclusión de factores salariales que debieron tenerse en cuenta para preservar el poder adquisitivo del salario durante el período 1997 – 2004, a lo que estaba obligado el Gobierno en cumplimiento de la Ley 4ª de 1992 y la Sentencia C – 931 de 2004 de la Corte Constitucional.

Es decir, que la asignación de retiro del demandante está actualmente afectada por un detrimento acumulado de 19,15%, que no está en la obligación de soportar, pues constituye un factor salarial que el Gobierno debió haber incrementado en el sueldo durante los años referenciados. (Fls. 101 - 105)

**5. TRÁMITE PROCESAL SEGUNDA INSTANCIA**

Con auto de fecha 1º de noviembre de 2016, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante (Fl. 5 Cdr. 2). Mediante auto del 14 de diciembre de 2016 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. (Fls. 9 Cdr. 2).

Las partes demandante y demandada, alegaron de conclusión reiterando lo expuesto en el recurso de apelación (Fls. 11 - 12) y el memorial de contestación (Fl. 13 - 21), respectivamente.

**6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Representante del Ministerio Público emitió concepto solicitando se confirme el fallo apelado, ante la improcedencia de analizar cada uno de los Decretos Presidenciales de reajuste salarial a los miembros de las Fuerzas Militares durante los años 1997 a 2004, así como de la aplicación automática de la sentencia C-931 de 2004, y la asimilación de la asignación de retiro a la remuneración mensual. (Fls. 22 - 32)

**III. CONTROL DE LEGALIDAD.**

Revisado el expediente, se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA, sin encontrarse ningún vicio que acarre nulidad de lo actuado. Por ello, y como en esta instancia tampoco se observan irregularidades que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

**IV. CONSIDERACIONES**

1. **Competencia**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

1. **Problema jurídico.**

El problema jurídico a absolver, consiste en determinar si en el sub examine:

*¿* *Resulta procedente reajustar conforme al Índice de Precios al Consumidor IPC certificado por el DANE la asignación básica devengada por el demandante en servicio activo durante los años 1997 a 2004?*

En caso de ser positiva la respuesta al anterior interrogante, se revocará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, para en su lugar acceder a las mismas. De ser negativa, se confirmará.

1. **Tesis de la sala.**

La Sala, confirmará la sentencia apelada, toda vez que al demandante no le asiste derecho al reajuste de su asignación básica conforme al Índice de Precios al Consumidor (IPC), por serle aplicable para esos efectos la Ley 4a de 1992 y los decretos que en desarrollo de la misma expidió el Gobierno Nacional durante los años objeto de su reclamo, en los que estuvo en servicio activo.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

1. **Marco normativo y jurisprudencial.**

**4.1 De las normas que regulan el reajuste de la asignación básica de los Miembros de las Fuerzas Militares.**

La Ley 4ª de 1992, artículo 1º, dispuso que el Gobierno Nacional con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en ella debe fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública. El artículo 4º ibídem, a su turno, estableció que con base en los criterios y objetivos contenidos en el artículo 2º el Gobierno Nacional, dentro de los primeros diez días del mes de enero de cada año, modificaría el sistema salarial correspondiente a los empleados de la Fuerza Pública aumentando sus remuneraciones.

Por su parte, el artículo 10 de la misma ley dispuso que *“Todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la presente Ley o en los decretos que dicte el Gobierno Nacional en desarrollo de la misma, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos”.*

Así mismo, el artículo 13 ibídem consagró que el Gobierno Nacional establecería una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública, la cual debía producirse en las vigencias fiscales de 1993 a 1996.

De esta forma, en desarrollo de lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto No. 0107 del 15 de enero de 1996, que de conformidad con el artículo 13 de la Ley 4ª de 1992, fijó la escala gradual porcentual para el personal de oficiales, suboficiales, de las Fuerzas Militares miembros del nivel ejecutivo y agentes de la Fuerza Pública, indicándose que 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. Así, se indicó un porcentaje del 100% para el Grado de General, y distintos porcentajes respecto de la asignación de General para los demás grados.

A partir de la expedición del decreto anterior, anualmente el Gobierno Nacional ha venido estableciendo la escala salarial y porcentual para el aumento de las asignaciones básicas de los miembros de la Fuerza Pública conforme a la competencia que le fue otorgada por la Ley 4ª de 1992.

**4.2 Procedencia del Reajuste de Asignaciones de Retiro de los Miembros de las Fuerzas Militares conforme al IPC.**

Cita la Sala los reiterados pronunciamientos de este Tribunal[[1]](#footnote-1), sujetos a la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, conforme a los cuales la aplicación del sistema de oscilación para el reajuste de las pensiones y asignaciones de retiro del personal de la Fuerza Pública, en algunos años implicó un incremento inferior al índice de precios al consumidor, lo que condujo a la pérdida del poder adquisitivo de las mismas, razón por la cual, con fundamento en el principio de FAVORABILIDAD se consideró procedente la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993[[2]](#footnote-2), pues a pesar de que en el artículo 279 ibídem, se excluye de su aplicación a este personal, la Ley 238 de 1995 elimina dicha exclusión.

Al respecto, en sentencia de fecha 9 de junio de 2011, el H. Consejo de Estado con ponencia de la Consejera BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PAEZ, apoyando su decisión en fallo de 17 de mayo de 2007 bajo ponencia del Consejero JAIME MORENO GARCÍA, precisó que se debe dar aplicación al principio de favorabilidad en el reajuste de las asignaciones de retiro, con base en el IPC previsto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 y no al principio de oscilación del régimen especial.

Así las cosas, de la mano de ese desarrollo jurisprudencial no se discute hoy la procedencia de reajustar la asignación de retiro o prestación pensional de los miembros de las Fuerzas Militares, conforme al IPC y en virtud del principio de favorabilidad, reajuste que en todo caso encuentra un límite temporal hasta el año 2004, pues con la expedición de la Ley 923 de 2004, reglamentada por el artículo 42 del Decreto 4433 del mismo año, se volvió a establecer el régimen de oscilación como sistema para reajustar las asignaciones de retiro.

Lo anterior, sin perjuicio de haberse establecido igualmente que el derecho al reajuste es imprescriptible, que prescriben las mesadas correspondientes no reclamadas dentro de los cuatro (4) años siguientes a su exigibilidad y que en todo caso, el hecho de aplicarse el I.P.C. hasta la anualidad de 2004, no obsta para que el monto de la prestación se vaya incrementando de manera cíclica y a futuro en forma ininterrumpida, en la medida en que las diferencias reconocidas a la base pensional deben ser utilizadas para la liquidación de las mesadas posteriores, tal como lo señaló la Sección Segunda, Subsección A, entre otros proveídos, en el de 27 de enero de 2011, MP. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, radicado interno N 1479 -09, actor JAVIER MEDINA BAENA.

1. **EL CASO CONCRETO.**
	1. **Hechos relevantes probados.**

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- El Jefe del Departamento de Personal de la Base Naval A.R.C. Bolívar, certificó que el demandante Capitán de Corbeta (RA) Cárdenas Mariño Cesar Augusto, ingresó al Escalafón de Oficiales a partir del 1º de diciembre de 1994 y salió retirado a partir del 9 de diciembre de 2012, conforme a la Resolución Nro. 7396 del 29 e octubre de 2012, con derecho a asignación de retiro. (FL. 20)

- El 6 de noviembre de 2014 solicitó ante la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional la reliquidación del salario devengado entre 1997 y 2004, en el que recibió incrementos anuales a la asignación básica por debajo del índice de precios al consumidor (Fls. 12 – 16). Solicitud negada por la parte demandada mediante el acto administrativo acusado (Fls. 18 – 19)

**5.2 Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.**

Analizados los hechos relevantes que resultaron probados, de cara al marco jurídico que fue expuesto, se impone a la Sala denegar las súplicas del recurso de apelación presentado por la parte demandante y en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida.

En efecto, observa la Sala que la situación prestacional del demandante que se aduce como fundamento de las pretensiones de su demanda, no se enmarca en los supuestos fácticos previstos en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, norma esta que regula el reajuste de las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, para quienes estén sujetos a cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones y en virtud de la cual, para que dichas pensiones mantengan su poder adquisitivo constante, deberán reajustarse anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del índice de Precio al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. Ello, por cuanto dicha situación es la de quien, como activo, no como retirado, reclama la aplicación del aludido reajuste.

En esa línea, debe precisar la Sala que conforme quedó expuesto en el marco normativo citado, el reajuste antes referido es procedente sobre aquellas **asignaciones de retiro** o **pensiones de la Fuerza Pública** que en los años 1997 a 2004, fueron incrementadas conforme a los decretos expedidos por el Gobierno Nacional y no con el IPC, lo que justifica que los afectados acudan a pedir la aplicación de la citada disposición; siendo distinta la situación del demandante, respecto los años 1997 a 2004, pues fue solo a partir del año 2012 que fue retirado del servicio activo y quien con su demanda pretende, no el reajuste directo de esta, sino que se le reajuste sus **salarios devengados en servicio activo** y que como consecuencia, se reliquide sus prestaciones periódicas y se corrija su hoja de servicio militar para que se reajuste su prestación de retiro.

Al respecto, debe enfatizarse que según viene analizado en el acápite de argumentación normativa de esta providencia, la aplicación del artículo 14 de la ley 100 de 1993 para los miembros de la Fuerza Pública, surgió en consideración a que el incremento por el sistema de oscilación, que es el previsto por la ley para el reajuste de sus pensiones y asignaciones de retiro, en algunos casos, fue inferior al índice de precios al consumidor, lo que condujo a la pérdida del poder adquisitivo de las mismas, razón por la cual, con fundamento en el principio de FAVORABILIDAD se consideró procedente la aplicación del régimen ordinario, como quiera que la Ley 238 de 1995 que adiciona el artículo 279 de la ley 100, eliminó dicha exclusión.

Con todo, no sucede lo mismo con el personal en servicio activo, pues de acuerdo a las normas de la Ley 4a de 1992, la competencia para fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública así como **el aumento de sus remuneraciones,** corresponde al Gobierno Nacional a través de la expedición de los correspondientes decretos y con sujeción a los criterios fijados en dicha Ley 4ª, que contiene el marco general de la política macroeconómica y fiscal, la racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, entre otros.

Así, al estar demostrado que en los años 1997 a 2004, el demandante aún se encontraba en servicio activo, la legislación a él aplicable es la contenida en la Ley 4ª de 1992 y en sus decretos reglamentarios, de manera que, el reajuste de su salario se debió hacerse de acuerdo con los decretos que sobre el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública expidiera el Gobierno Nacional, y no con base en el IPC certificado por el DANE, toda vez que, como se explicó, este último solo era aplicable al personal de la Fuerza que durante los años 1997 a 2004 gozara de asignación de retiro o pensión - y siempre que para el reajuste de la misma, le fuera más favorable el IPC que el sistema de oscilación.

Finalmente, concluye la Sala que, no es admisible reajustar el salario del demandante durante el periodo comprendido entre el años 1997 a 2004, pues de acuerdo con lo probado, al demandante fue retirado de su servicio solo hasta el año 2012; por lo que en dicho periodo no devengaba una asignación de retiro, sino una asignación básica.

En ese orden, sin necesidad de otros análisis, se confirmará la sentencia de primera instancia por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, desechándose los argumentos de la apelación.

**6. Condena en Costas.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, se dispone condenar en costas a la parte *“a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación”*, y de conformidad con el numeral 8º del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, se condenará al pago de las costas de segunda instancia a la Parte Demandante, las cuales serán liquidadas por el Juez de primera instancia de acuerdo con lo señalado en el artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**IV. FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** en todas las partesla sentencia de fecha veintitrés (23) de mayo de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Condenar en Costas a la Parte Demandante, en los términos de los artículos 365 y 366 del CGP las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia.

**TERCERO:** Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

**LOS MAGISTRADOS**

**ORIGINAL CON FIRMA**

**LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**

**ORIGINAL CON FIRMA ORIGINAL CON FIRMA**

**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL**

1. Ver entre otros, las sentencias de fechas Siete (7) de Mayo de dos mil doce (2012) con Ponencia del Magistrado **LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ,** proferida dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho radicado bajo el No. 13001-33-31-001-2009-00163-01, demandante OLGA RÚA DE GUARDO contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES; Sentencia de fecha veintisiete (27) de febrero de dos mil catorce (2014) con Ponencia del Magistrado **JOSÉ FERNÁNDEZ OSORIO**, proferida dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del derecho radicado bajo el No. 13001-23-31-000-2013-00383-00, demandante Jorge Cadena Mutis contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES; Sentencia de fecha quince (15) de diciembre de dos mil quince (2015) CON Ponencia de la Magistrada **HIRINA MEZA RHÉNALS**, proferida dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho radicada bajo el número 13001-33-33-006-2014-00030-01, demandanteMARÍA ASCENSIÓN POLO DE DÍAZ CONTRA LA Nación –Ministerio de Defensa Nacional. [↑](#footnote-ref-1)
2. **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, mantenga su poder adquisitivo constante, se reajustaran anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual de índice de Precio 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”. [↑](#footnote-ref-2)