



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SENTENCIA No. 23/2018

SALA DE DECISIÓN No. 001

SIGCMA

13-001-33-33-000-2014-0074-00

Cartagena de Indias D.T. y C. veinticinco (25) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-002-2014-00074-01
Demandante	NEFFARH GIL MARIN
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Tema	Reajuste y reliquidación de sueldos básicos

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha quince (15) de diciembre de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Segundo (02) Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. DEMANDA.

2.1.1. PRETENSIONES (FLS. 3)

Se pretende la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio consecutivo n° 2013-46893 del 28 de agosto de 2013, proferido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, mediante el cual se negó el reajuste y liquidación de los sueldos básicos.

Que como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada, reconocer, reliquidar, reajustar, los sueldos básicos como partidas computables de la asignación de retiro que es titular el actor, tomando como referente la nueva asignación básica del grado de general reajustada en un 35,55%.

2.1.2. HECHOS. (fls. 2-3)

Relata el actor en síntesis lo siguiente:

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, le reconoció asignación de retiro, al actor a partir del 01 de octubre de 1976; de la expedición del decreto 107 de





13-001-33-33-000-2014-0074-00

1996 artículo 1, se implanto el método de escala gradual porcentual, para la fijación de los sueldos básicos de los miembros de la Fuerza Pública, norma que ha sido reiterada año tras año en la cual se toma como referente la asignación básica del grado de general.

Que el actor petitionó ante la entidad accionada el reajuste y reliquidación del sueldo básico, tomándose como referente la asignación básica del grado de general ya reajustada en el 35,55%, que para el año 2011 tiene el valor \$ 6.061.742, dándose aplicación al principio de favorabilidad establecido en el artículo 53 de la Constitución Política, derecho que fue negado conforme la respuesta.

2.1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO. (fls. 3-10)

El demandante señaló como normas violadas las siguientes:

- 1) Constitucionales: artículos 2, 13, 48, 53, 90 y 229
- 2) Legales: ley 923 de 2004; decreto 4433 de 2004; ley 4 de 1992 y el C.C.A.

Concepto de violación.

Aduce que, se le violaron mandatos constitucionales porque no se le tuvieron en cuenta los parámetros legales y constitucionales en el momento de crear una escala gradual porcentual para fijar los sueldos de los miembros de las fuerzas militares, parámetros que están fijados en la ley 4 de 1992 como objetivos y criterios basados en los principios de equidad y favorabilidad entre otros.

2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. (fls. 42-46)

En la oportunidad concedida para tal efecto, la demanda de CREMIL, contestó la demanda, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones invocadas por la parte accionante manifestando que el reajuste de las asignaciones de retiro de los militares obedece al cumplimiento de las normas posteriores a su reconocimiento; por tanto la CREMIL ha reajustado la asignación del actor en virtud al principio de oscilación consagrado por los diferentes estatutos que han regulado y actualmente regulan el régimen especial de las fuerzas militares y de conformidad con los decretos de aumento de salarios expedido por el Gobierno Nacional.





13-001-33-33-000-2014-0074-00

Que de acuerdo a lo establecido en el régimen especial de las Fuerzas Militares, consagrado en el art. 217 de la constitución de 1991, existe un sistema de reajuste de las asignaciones de retiro de las fuerzas militares denominado principio de oscilación, el cual opera con base en el reajuste realizado a los sueldos básicos de los miembros activos, no resultando aplicable el reajuste de pensiones establecidas para el régimen general de pensiones ni cualquier otro reajuste que no haya sido ordenado mediante decreto expedido por el Gobierno.

2.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Dos (02) Administrativo del Circuito de Cartagena en sentencia proferida el día 15 de diciembre de 2015, negó las pretensiones de la demanda, fundamentando la providencia de la siguiente manera:

Que, del análisis de las normas puestas de presente en este caso, permite al despacho colegir que el aumento salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, viene siendo tasado con base en la escala gradual porcentual cada año desde la expedición del decreto 107 de 1996, en la forma como lo determinó el Gobierno Nacional.

De lo probado que al demandante le está siendo pagado una asignación de retiro del 01 de octubre de 1978 en cuantía de 85% de su sueldo de actividad y demás partidas computables correspondientes a su grado, por virtud de la expedición de la Resolución número 2596 de 1978 y que su monto ha sido objeto de reajuste con aplicación del principio de oscilación, no se evidencia razón alguna para anular el acto acusado y reajustar la prestación devengada en cuantía superior a la actualmente percibida, en la medida que tal labor no es de resorte del operador judicial, sino del ejecutivo nacional, dada la cláusula de competencia reservada que le atribuyó el constituyente.

Resalta que los miembros de la Fuerza Pública, por naturaleza, tienen régimen especial, descrito en la escala gradual porcentual; que, por ende, excluye a estos de las normas generales, aun cuando a partir de estas pueda lograrse un reajuste, como cuando opera por aplicación del índice de precios al consumidor, por tanto, si se reconoce la aplicación de la escala para la fijación de la asignación básica de los distintos grados, esta no puede recibir afectación alguna por reajuste en otros grados acometidos por disposiciones o principio de la norma general, pues viola la inescindibilidad.

2.4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN



Inconformes con la decisión, la parte accionante por intermedio de su apoderado especial, apeló la decisión de primer grado con fundamento en lo siguiente:

Se garantice la aplicación del principio de favorabilidad establecido en el artículo 53 de la Constitución Política, en concordancia con lo dispuesto en el art. 21 del C.S.T; por cuanto el sueldo básico del grado que ostenta el actor, depende gradual y porcentualmente de la asignación básica del grado de general, que de conformidad con lo establecido en el parágrafo dos del art. 1 del decreto 107 de 1996, tiene injerencia sobre los sueldos básicos del personal de la Fuerza Pública.

2.5. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

El recurso de apelación fue repartido el 11 de febrero de 2016, por la Oficina de Servicios de Cartagena, correspondiéndole al Despacho del Magistrado que funge como ponente de esta sentencia, a quien la secretaria del Tribunal le pasó el expediente el día 20 de abril de 2016.

Mediante auto de 11 de agosto de 2016 se admitió para su trámite el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante; y ordenó notificar personalmente al Agente del Ministerio Público.

En providencia calendada 06 de febrero de 2017, se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos. ambas partes presentaron sus alegaciones. El Ministerio Público no presentó concepto de fondo.

2.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Las partes no presentaron alegatos en esta instancia.

2.7. MINISTERIO PÚBLICO.

El agente del Ministerio Público no emitió concepto.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA-

Transcurrido en legal forma el trámite de segunda instancia, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se ocupa la Sala de desatar el recurso de apelación impetrado por la parte accionante,



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SENTENCIA No. 23/2018

SALA DE DECISIÓN No. 001

SIGCMA

13-001-33-33-000-2014-0074-00

contra la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2015, por el Juzgado Dos (02) Administrativo del Circuito de Cartagena.

Competencia.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 153 del CPACA, esta Sala es competente para conocer de los recursos de apelación contra sentencias proferidas por los juzgados administrativos, en segunda instancia.

MARCO JURÍDICO DEL RECURSO DE APELACIÓN.

La Sala, de conformidad con el artículo 328 del C.G.P. resolverá la apelación, norma que dispone:

"Artículo 328. Competencia del superior.

El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia."
(negritas de la Sala)

Con base a lo anterior y dado que solo la parte accionante apeló, la Sala resolverá solos los puntos impugnados de la sentencia del a-quo.

PROBLEMA JURÍDICO.

En los términos del recurso de apelación interpuesto por el actor, corresponde a esta Sala establecer si le asiste o no derecho al señor NEFFAR GIL MARÍN, a que le sea reliquidada la asignación de retiro, tomando como referente la asignación básica de grado de general reajustada en un 35,55%.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA LA FUERZA PÚBLICA¹.

¹ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION SEGUNDA. Consejero ponente: ALBERTO ARANGO MANTILLA. Bogotá, D.C., catorce (14) de febrero de dos mil siete (2007). Radicación número: 11001-03-25-000-2004-00109-01(1240-04). Actor: FERNEY ENRIQUE CAMACHO GONZALEZ. Demandado: GOBIERNO NACIONAL.





"DE LA NATURALEZA DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO. - Indudablemente se constituye en un derecho de carácter prestacional que surge de una relación laboral administrativa, y con la cual se pretende cubrir un riesgo o una contingencia propia de la seguridad social. Se trata entonces de una prestación social de causación o tracto sucesivo que se devenga de manera vitalicia, la cual es irrenunciable en los términos de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política. Es así como, una vez observados los presupuestos normativos exigidos en la ley, los miembros de la Fuerza Pública (Fuerzas Militares y Policía Nacional), tendrán derecho a su reconocimiento y pago, en tanto su situación fáctica laboral se subsuma dentro de tales supuestos legales. Es por disposición de la misma Constitución Política que los miembros de la Fuerza Pública gozan o se benefician de un régimen prestacional especial, en consideración al ejercicio de las excepcionales funciones públicas que desarrollan en cumplimiento de su actividad militar o policial. De ahí, el establecimiento de una normatividad legal diferente a la que se ha configurado respecto de los demás servidores públicos, y obviamente a su exclusión de la aplicación del sistema integral de seguridad social contenido en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 797 de 2003."

Teniendo en cuenta el carácter especial de régimen de las Fuerzas Militares, que una vez reconocidos los presupuestos normativos exigidos en la ley, los miembros de la Fuerza Pública tendrán derecho a su reconocimiento y pago, en tanto su situación fáctica laboral se subsuma dentro de tales supuestos legales.

Régimen de asignación de retiro del caso concreto.

Al actor, fue retirado Sargento Mayor de Infantería de Marina de la Armada, a través de la Resolución No. 2596 del 27 de septiembre de 1978, se le reconoció y ordenó el pago de una asignación de retiro, teniendo en cuenta la normatividad aplicable al momento de retiro del actor, es decir, el Decreto 612 de 1977, en cuantía del 85% del sueldo de actividad correspondiente a su grado. En el siguiente sentido:

Sueldo básico en actividad
Prima de actividad- 15%-
Prima de antigüedad 26%
Subsidio familiar 39%
Prima de navidad 1/12

Así mismo se encuentra probado que el actor elevó petición ante CREMIL, el día 02 de agosto de 2013, solicitando el reajuste y reliquidación del sueldo básico como partida computable de la asignación de retiro, tomando como referente el 100% de la asignación básica reajustada por orden judicial del Grado de General.

Que la entidad demandada mediante oficio nº 320 del 28 de agosto de 2013, dio respuesta de la solicitud de reajuste de asignación, de manera negativa





13-001-33-33-000-2014-0074-00

alegando que esta le reconoció su prestación teniendo en cuenta la normatividad dispuesta.

El Decreto 612 de 1977, establece la asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales, como es el sub juez, el cual en sus art. 131 y 134, dispone:

"Artículo 131. Bases de liquidación. Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas, así:

a) Cesantía y demás prestaciones unitarias sobre sueldo básico; prima de antigüedad; subsidio familiar; una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente al grado; doceava parte de la prima de Navidad; prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto; gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia y prima de Estado Mayor, en las condiciones indicadas en este estatuto:

b) Asignaciones de retiro y pensiones sobre; sueldo básico; prima de antigüedad; subsidio familiar de los Oficiales y Suboficiales casados o viudos con hijos legítimos liquidados conforme a lo dispuesto en el artículo 66 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico; una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente al grado ; doceava parte de la prima de Navidad; prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto; gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia y prima de Estado Mayor, en las condiciones indicadas en este estatuto:

Artículo 134. 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 Comandos de Fuerza según el caso, o por sobre pasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por Incapacidad profesional, 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 a un cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 131 de este estatuto, por los quince primeros años de servicio, y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda de los quince (15), sin que el total sobrepase el ochenta y cinco por ciento (85%) de los haberes de actividad."

Del mismo modo el decreto en mención, en vigencia para el reconocimiento de la asignación de retiro del actor, al respecto prescribe:

"Artículo 139. Oscilación de asignación de retiro y pensiones. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto, se liquidarán tomando en cuenta las vacaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 de este Decreto. Los Oficiales y Suboficiales, o sus beneficiarios, no podrán a cogerse a las normas que regulen ajustes, prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley."



13-001-33-33-000-2014-0074-00

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.

A la prevenido de esta norma en materia de asignación de retiro para el sector militar, queda establecido cuál es el sistema de su reajuste y la prohibición de aplicación de otro régimen, salvo autorización legal expresa.

La prohibición se enmarca dentro del principio de inescindibilidad de regímenes, donde las situaciones se deben resolver bajo la normativa propia aplicable sin recurrir a normas que no pertenecen a la misma categoría, es decir, que si la persona está sometida a un régimen especial no puede recurrir a normas de tipo general en aras de mejorar su situación.

Sin embargo, esta prohibición tiene una excepción señalada en el propio régimen especial militar cuando determina que los destinatarios de esa disposición - *no podrán acogerse a las normas que regulen ajustes, prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley* -, lo cual significa que sí 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.

Con base en la norma antes citada el señor NEFFARH GIL, por ser Sargento Mayor de Infantería de Marina de la Armada tendría derecho al reconocimiento que establece los artículos ibídem, el cual revisada la resolución de asignación de retiro le fue aplicada de manera íntegra.

El actor pretende que se le aplique en nuevo régimen de escala gradual conforme a lo contemplado en el decreto 107 de 1996 y consecutivos, el cual creó la escala desde la asignación básica del grado de general, que en su artículo primero el cual contempla lo siguiente:

"Artículo 1°. De conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 4a. de 192, 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."

El decreto de marras fue expido por el Gobierno Nacional con facultades expresas del artículo 13 de la ley 4 de 1992², es claro en disponer que el Gobierno establecerá las escalas de remuneración del personal activo y retirado, y por tal facultad expido el decreto 107 de 1996.

² 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 2.





13-001-33-33-000-2014-0074-00

A su vez el decreto 107 de 1996 fue derogado por el decreto 122 de 1997, que corrió la misma suerte del anterior por el decreto 58 de 1998, estando vigente en la actualidad el decreto 1017 de 2013, por lo que si se siguiera la línea presentada por el actor se debería aplicar al presente por encontrarse vigente, sin que la ley lo exprese, el cual es modificado, derogado entre otras a disposición del Gobierno porque así lo establece la norma, siempre y cuando manteniendo los principios laborales - remuneración mínima vital y móvil -, esto quiere decir que siempre tiene que ir en ascenso.

En ese orden de ideas se observa que el decreto que contiene el régimen del actor no ha sido derogado, ni modificado por el que quiere que se le aplique y mucho menos lo ha autorizado la ley, por lo que estando vigente y en reconocérsele la asignación con base al decreto 612 de 1977, no es procedente aplicarle un régimen diferente, del contemplando al momento de que obtuvo los requisitos para la asignación de retiro.

Así las cosas, los aumentos legales que se le deben aplicar a las asignaciones de retiro de las personas de las fuerzas militares es el que fije los decretos reglamentarios, sin inclusión de nuevas prerrogativas debido a que; si el agente se encuentra inmerso en un régimen, y completó los requisitos para ser parte de ese, no se le puede aplicar otro distinto al ya reconocido - principio de inescindibilidad de la norma-

Por consiguiente, al pertenecer el actor a un régimen de asignación de retiro contemplado en el decreto 612 de 1997, se debe ceñir a lo establecido en el, debido a que la ley no lo dispone, por tal motivo se confirmará la sentencia proferida por el a-quo.

Costas.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1º del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte "a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación", y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

En orden a lo anterior, esta Sala de Decisión condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada, quien resultó vencida en las results del proceso.



DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión Oral N° 1, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

IV. FALLA:

PRIMERO: CONFIRMASE la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (02) Administrativo del Circuito de Cartagena, el quince (15) de diciembre de dos mil quince (2015), por lo aquí expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandada de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

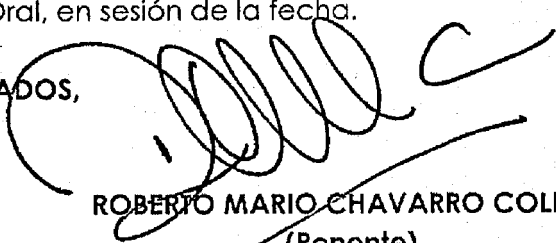
TERCERO: NOTIFÍQUESE la presente sentencia.

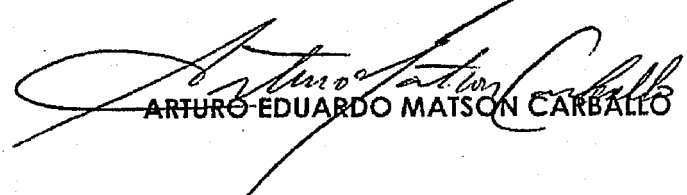
CUARTO: DEVUELVA el expediente al juzgado de origen, previo registró en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión Oral, en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
(Ponente)


ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO


CLAUDIA PATRICIA PENUELA ARCE
Salvo voto parcial.