



Cartagena de Indias D.T. y C, primero (01) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-013-2014-00396-01
Demandante	ALVARO ENRIUE GALLARDO GASEZ
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Tema	Reajuste de su asignación de retiro

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha dieciséis (16) de diciembre de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Décimo Tercero (13) Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. DEMANDA.

2.1.1. PRETENSIONES (FLS. 18-19)

La Nulidad del acto administrativo contenido en el oficio n° 42403 de fecha 08 de agosto de 2013, proferido por Cremil, mediante la cual negó el reconocimiento y pago del incremento del S.M.M.L.V del 40% al 60%.

Nulidad del acto administrativo contenido en el oficio n° 43225 de fecha 12 de agosto de 2013, mediante el cual negó la reliquidación del 70% de la asignación de retiro de conformidad con el art. 16 del decreto 4433 de 2004.

Nulidad del modifco n° 45509 de fecha 22 de agosto de 2013, suscrito por la subdirectora de prestaciones sociales, mediante el cual negó el reconocimiento, pago e inclusión en la liquidación de la resolución de asignación de retiro de la Prima de Navidad.

Como consecuencia de la declaratorias y a título de restablecimiento del derecho, se condene a Cremil, al reconocimiento y pago a favor del actor de los dineros indexados junto con los intereses de ley, desde la fecha del reconocimiento de la asignación de retiro hasta la fecha de actualización del pago total de la obligación:



- La reliquidación del 70% de la asignación de retiro de conformidad a lo establecido en el art. 16 del Decreto 4433 de 2004.
- El reajuste de la asignación de retiro del 40% al 60% de conformidad con el inciso del art. 1 del decreto 1794 de 2000.
- La inclusión y reliquidación de la prima de navidad en la asignación de retiro de conformidad con el decreto 4433 de 2004 art. 13 numeral 13.1.8.

2.1.2. HECHOS. (fls. 17-18)

Relata el actor en síntesis lo siguiente:

El actor ingreso a laboral al Ministerio de Defensa en condición de soldado regular; la vinculación del demandante estuvo regida por los parámetros establecidos en la ley 131 de 1985.

A partir del 01 de noviembre de 2003, la vinculación del demandante estuvo regida por los Decretos 1793 y 1794 de 2000 y el decreto 4433 de 2004, el actor estuvo vinculado al Ejército Nacional durante más de 20 años.

Cremil, le reconoció la asignación de retiro mediante resolución n° 6580 de 22 de octubre de 2012; la liquidación fue efectuada con base en un S.M.M.L.V más el 40%.

Mediante oficio n° 61324 de fecha 17 de julio de 2013 el demandante radico petición ante CREMIL, solicitando la reliquidación del s.m.m.l.v más el 60% en la asignación de retiro.

En la resolución de la asignación de retiro del demandante, la liquidación del 70%, al aplicar la formula no atiende lo establecido en el art. 16 del decreto 4433 de 2004.

Mediante oficio n 62778 de fecha 22 de julio de 2013 el demandante radico petición ante Cremil, solicitando la reliquidación de la asignación de retiro del 70% conforme lo establece el art. 16 del Decreto 4433 de 2004; mediante oficio n° 43225 de fecha 12 de agosto de 2013, Cremil negó el derecho al demandante solicitando la reliquidación de la asignación de retiro del 70%.

En servicio activo el demandante devengaba prima de navidad, en la resolución de liquidación de la asignación de retiro del demandante no le fue incluido la duodécima parte de la prima de navidad.



Mediante oficio n° 65041 de fecha 26 de julio de 2013, el actor radica petición ante la Caja de Retiro, solicitando el reconocimiento de la doceava parte de la Prima de Navidad su inclusión y pago.

Por medio de oficio n° 45509 de fecha 22 de agosto de 2013, CREMIL, negó el derecho al demandante el reconocimiento de la doceava parte de la prima de navidad su inclusión y pago.

2.1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO. (fls. 20)

El demandante señaló como normas violadas las siguientes:

- 1) Constitucionales: artículos 2, 4, 6, 13, 26 y 53.
- 2) Legales: ley 4 de 1992, ley 131 de 1985, decreto 4433 de 2004, decretos 1793 y 1794 de 2000.

Concepto de violación.

Aduce que, las normas de rango Constitucional citadas se vulnera de manera flagrante por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al efectuar una liquidación de la asignación de retiro del demandante del reajuste del 40% al 60% la reliquidación del 70%, la no inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad por una indebida interpretación de la norma vulnerando con ello los derechos establecidos en la Constitución Política.

2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. (fls. 37-42)

Se opone a todas las pretensiones, aduciendo que la norma en forma expresa establece la forma de reconocer la asignación de retiro, sin entrar a contemplar ni siquiera la posibilidad d efectores adicionales.

La entidad demandada aplica la normatividad legal vigente al momento de los hechos, para los respectivos reconocimientos de asignaciones de retiro, ajustándose estrictamente a las partidas señaladas, en las cuales no está consagrada expresamente el subsidio familiar como partida computable dentro del reconocimiento de asignación de retiro, para los soldados profesionales, razón suficiente para no desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, tiene como objeto el reconocimiento de las asignaciones de retiro del personal de oficiales, suboficiales y soldados profesionales; para lo cual aplica las disposiciones especiales vigentes para cada uno de ellos y a partir de la expedición de una hoja de servicios, en donde consta toda la información relacionada con el tiempo de servicios y el salario devengado, para fines prestacionales.

Es así, que la hoja de servicios militares expedida por el Ministerio de Defensa con su respectiva aprobatoria, es el documento idóneo e indispensable para el reconocimiento de la asignación de retiro por parte de la Caja; por tanto, la entidad está sujeta a la expedición y aporte de dicho documento para el reconocimiento de la correspondiente prestación.

Teniendo en cuenta lo anterior y frente al caso en comento, tenemos que, en la hoja de servicios militares correspondientes al actor, expedida por el Ministerio de Defensa, no se encuentra incluida la partida de subsidio familiar, dentro de las partidas computables para la asignación de retiro.

En cuanto al reajuste solicitado 40-60%, lo regula el decreto 4433 de 2004, en la cual se deduce claramente que se debe tener en cuenta lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1 que habla solamente del 40%.

Para efectos de reconocimiento de asignación de retiro en forma taxativa se consagra los parámetros, condiciones y porcentajes que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento, la norma en forma expresa establece la forma de reconocer la asignación de retiro, sin entrar a contemplar ni siquiera la posibilidad de factores adicionales.

2.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Décimo Tercero (13) Administrativo del Circuito de Cartagena en sentencia proferida el día 16 de diciembre de 2015, concedió las pretensiones de la demanda, fundamentando la providencia de la siguiente manera:

Al demandante le asiste toda la razón en cuanto a la reliquidación de su asignación de retiro teniendo en cuenta el sueldo básico mensual debe corresponder al salario mínimo legal mensual vigente incrementado en el 60% no solo en el 40% como en efecto se hizo.

Para determinar la asignación de retiro correspondiente a un infante de marina, se toma el salario mínimo legal mensual vigente incrementado como lo señala el inciso segundo del art. 1 del Decreto 1794 de 2000, por tener el



actor la condición inicial de soldado voluntario, y a esto se le debe adicionar el 38.5% de la prima de antigüedad valor este último que no se puede obtener de un salario ya disminuido en el 30%, sino que se debe derivar de 100% del salario básico.

No se encuentra motivo para incluir la prima de navidad como partida computable para efectos de establecer la asignación de retiro del demandante en su condición de soldado profesional.

2.4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN. (fls. 107-111)

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

Lo miembros de las Fuerzas Militares con grado de oficiales y suboficiales se le incluyo el rubro de la duodécima parte de la prima de navidad como partida computable en su asignación de retiro por medio del numeral 13.1.8 del decreto 4433 de 2004, por el contrario, a los miembros de las Fuerzas militares con grado de soldado profesionales no se les incluyo el rubro de la duodécima parte de la rima de navidad como partida computable en su asignación de retiro.

Es decir que, Oficiales y Suboficiales de las fuerzas Militares mientras se encuentran en servicios activo, gozan de una serie de beneficios, entre ellos el derecho a percibir la duodécima parte de la prima de navidad, los cuales, por medio del Decreto 4433 de 2004, se configuraron en partidas computables para el reconocimiento y pago del monto de su asignación de retiro cuando logran cumplir los requisitos legales para acceder a la misma, mas no sucede así con los soldados profesionales de las fuerzas militares que en servicio activo tienen derecho a percibir la duodécima parte de la prima de navidad, toda vez que, sin justificación alguna el Decreto 4433 de 2004 no les permite la inclusión de dicha rima en su asignación de retiro.

Analizada la norma se presenta, así pues, un trato diferenciado entre los beneficiarios de uno y otro régimen prestacional, tan solo que esa diferencia de trato, habría que decir que se vulneraría el derecho a la igualdad si y solo si la decisión legislativa de brindar un trato diferente a los oficiales y suboficiales de las fuerzas respecto de los soldados profesionales, se encuentra desprovista de una razón jurídica legítima, a lo que cabe agregar que en términos generales la aplicación del art. 16 y del art. 13.2.1 del decreto 4433 de 2004 para efectos de determinar el porcentaje y partidas computables de la



asignación de retiro del demandante no resulta violatorio del derecho a la igualdad, en tanto, al realizar un estudio integral y no aislado de las diferentes partidas que se computarían a la asignación de retiro estudiada, y su incidencia real en el valor a liquidar, se tiene que el régimen aplicado arroja un resultado que resulta favorable al actor teniendo en cuenta las particularidades y menores exigencias del cargo desempeñado cuando se encontraba en actividad, lo cual desvirtuó los argumentos presentados en el escrito de demandada.

2.5. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

El recurso de apelación fue repartido el 29 de marzo de 2016, por la Oficina de Servicios de Cartagena, correspondiéndole al Despacho del Magistrado que funge como ponente de esta sentencia, a quien la secretaría del Tribunal le pasó el expediente el día 25 de abril de 2016.

Mediante auto de 27 de octubre 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. Las partes no alegaron. El Ministerio Público no presentó concepto de fondo.

2.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Las partes no presentaron alegatos.

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, contra la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2015, por el Juzgado Décimo Tercero (13) 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.

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en los artículos 320 y 328 del C.G.P., que consagra:

"Art. 320. Fines de la apelación. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

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."

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los



planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que "las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: "*tantum devolutum quantum appellatum*"¹".

PROBLEMA JURÍDICO.

En los términos del recurso de apelación, corresponde a la Sala determinar si la decisión de primera instancia, en negar la pretensión de la inclusión de la prima de navidad como partida computable para efectos de establecer la asignación de retiro del actor en su condición de soldado profesional, se ajusta o no a derecho.

TESIS DE LA SALA.

la Sala confirmará la decisión adoptada por el a-quo por encontrarse a justada a derecho.

De lo probado y caso concreto.

El señor Alvaro Enrique Gallardo Gasez, fue retirado Infante de Marina profesional de la Armada, a través de la Resolución No. 6580 del 22 de octubre de 2012, 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 4433 de 2004. En el siguiente sentido:

- En cuantía del 70% del salario mensual (decreto 4919 de 2011) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del art. 1 del decreto 1794 de 2000)
- Adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad.

El art. 16 del decreto 4433, establece que la asignación de retiro de los soldados profesionales es equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho puntos cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad.

El numeral 13.2.1, nos remite al inciso primero del artículo 1º del Decreto-ley 1794 de 2000, el cual dispone:

¹ El principio contenido en el aforismo latino *Tantum Devolutum Quantum Apellatum*, indica que, en la apelación, la competencia del superior solo alcanza a la resolución impugnada y a su tramitación.





"ARTICULO 1. ASIGNACION SALARIAL MENSUAL. Los soldados profesionales que se vinculen a las Fuerzas Militares devengarán un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo del artículo siguiente, quienes al 31 de diciembre del año 2000 se encontraban como soldados de acuerdo con la Ley 131 de 1985, devengarán un salario mínimo legal vigente incrementado en un sesenta por ciento (60%)". (negritas de la Sala)

Como ya se definió por el a-quo en el caso sub examine es aplicable el inicio segundo del citado art. Esto quiere decir que se le debe pagar un 70% de un salario mínimo incrementado en un 60%.

En ese orden de ideas se observa que la liquidación realizada por Cremil fue teniendo en cuenta la cuantía del 70% del salario mensual, indicado en el numeral 13.2.1 y adicionado con un 38.5% de la prima de antigüedad.

La norma es clara en disponer que los soldados profesionales devengaran una asignación de retiro equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, ósea un salario mínimo incrementado en el 40% en este caso 60%; e incrementarle el 38.5% de prima de antigüedad.

Ahora bien, en relación acreencias laborales computables para la asignación de retiro, el Decreto 4433 de 2004, en el artículo 13 Y 16 dispone lo siguiente:

"(...)

Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6o del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha



de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

(...). (negritas de la Sala)

De acuerdo con lo anterior, se concluye que, si bien es cierto que la prima de navidad, es un factor computable para efectos de la liquidación de la asignación de retiro de los Oficiales y Suboficiales, también lo es que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, no prevé su inclusión en la liquidación de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales, cuyas partidas computables son el salario mensual y la prima de antigüedad.

En sentencia de tutela el Honorable Consejo de Estado² respecto a los factores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro de las fuerzas militares dispuso que solo es computable la asignación de servicios es el salario básico, la prima de antigüedad y el subsidio familiar, este último se tiene en cuenta con base al derecho a la igualdad, y que las demás partidas no son computables.

Así las cosas, el actor no tendría derecho a que se le reliquidar la asignación de servicios con el factor prima de navidad, debido a que los factores en el régimen especial militar son taxativos, esto quiere decir que solo se tienen en cuenta para liquidación de la asignación de retiro los que la norma establezca y en este caso estableció para los soldados profesionales solo el salario básico y la prima de antigüedad, por lo que no le asiste derecho al actor por ser soldado profesional, a que se tenga en cuenta la prima de navidad como computo de la asignación de retiro.

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Bogotá, D. C., once (11) de diciembre de dos mil catorce (2014). CONSEJERA PONENTE: DOCTORA MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. Ref.: Expediente núm. 2014-02292-01. ACCIÓN DE TUTELA. Actor: OMAR ENRIQUE ORTEGA FLOREZ.



En conclusión, si bien fue contemplada la prima de navidad para el soldado profesional en actividad, dicho factor salarial no fue tenido en cuenta como partida computable para la determinación de la asignación del retiro del soldado profesional de conformidad los artículos 13 y 16 del Decreto 4433 de 2004, contrario a lo regulado para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares a quienes sí se les tiene en cuenta dicha partida.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala confirmará la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado 13 administrativo de Cartagena, por estar a justada a los presupuestos legales y jurisprudenciales.

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 1° 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.

Así las cosas, se condenará a la parte demandante al pago de costas que efectivamente se hayan causado por ser está a la que le fue desfavorable el recurso, ordenando al Juzgado su liquidación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en las mismas las agencias en derecho aplicando el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

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 Décimo Tercero (13) Administrativo del Circuito de Cartagena, el dieciséis (16) de diciembre de dos mil quince (2015), que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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



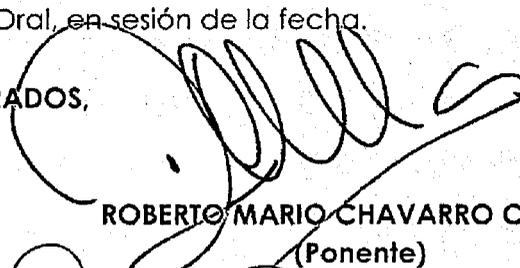
TERCERO. Notifíquese esta sentencia, en los términos del artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

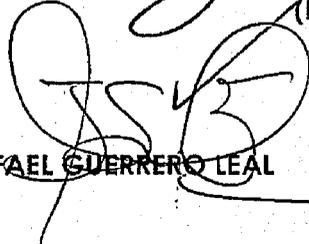
CUARTO. DEVUÉLVASE el expediente al juzgado de origen, previo registró en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

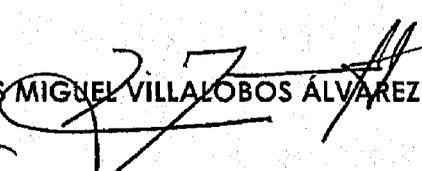
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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)


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ