



Cartagena de Indias D.T y C., veintinueve (29) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-003-2015-00288-01
Demandante	ANA LÓPEZ DE DURÁN
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Reajuste asignación de retiro variando el porcentaje de la prima de actividad – improcedencia

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 6 de septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual no se accedió a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por ANA LÓPEZ DE DURÁN, por conducto de apoderada judicial.

2.2.- Demandado

La acción está dirigida en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.

2.1. La demanda¹.

A través de apoderada judicial constituido para el efecto, ANA LÓPEZ DE DURÁN, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

¹ Folios 2-8



2.2. Pretensiones

"1. La Nulidad de la decisión tomada mediante el Oficio No. 211, Certificado cremil No. 73698 Consecutivo 2015-64608 de fecha 10 de septiembre de 2015, emanada de la Caja de retiro de las Fuerzas Militares, por medio del cual se niega el derecho al incremento de la Prima de Actividad, la consecuente Reliquidación y el correspondiente Reajuste de pensión de beneficiaria solicitada por la señora ANA LÓPEZ DE DURÁN.

2. Que como consecuencia de la petición anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene el Reajuste de la Pensión beneficiaria de la señora ANA LÓPEZ DE DURÁN, incrementado el porcentaje de la PRIMA DE ACTIVIDAD al 46.5% sobre su Asignación Básica, de acuerdo con lo establecido en el decreto 2863 de 2007.

3. Que se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a cancelar con retroactividad todos estos valores adeudados en forma indexada, y se ordene a la demandada dar cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

(...)"

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

2.3 Hechos²

Señala la accionante que, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció Pensión de Beneficiaria a la señora ANA LÓPEZ DE DURÁN, identificada con la C.C. N° 20.025.207.

Destaca que, la Caja de Retiro no aplicó debidamente la modificación establecida para la PRIMA DE ACTIVIDAD en el Decreto 2863, en sus artículos 2° y 4°; consistente en incrementar en un 50% el porcentaje de la mencionada prima, a partir del 1° de julio de 2007.

Explica que, con la expedición del acto administrativo aquí demandado, la entidad falsea el contenido del Decreto 2863, cuando afirma que: *Es preciso aclararle que con posterioridad al reconocimiento de la asignación de retiro mediante Decreto 2863 del 27 de julio de 2007, el Gobierno autorizó el aumento en la prima de actividad en un 50% del porcentaje que venían devengando a la entrada en vigencia del Decreto, la cual es retroactiva a*

² Folios 2-4



partir del 01 de julio de 2007"; que el incremento es del 50% del 33% del activo, o sea de 16.5%.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

- Constitución Política artículos 2, 6, 83 y 87.
- Decretos 2863 de 2007; artículos 2 y 4.
- Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, del 20 de febrero de 2014, y del 23 de enero de 2014; y sentencia SNR-165-06-14 del juzgado 27 Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, del 27 de junio de 2014.

2.4.1 Concepto de la violación

En síntesis señala la demandante que, se desconoce los artículos 2º, 6º, 83 y 87 de la Constitución Política de Colombia, por cuanto no se le protegió el derecho a recibir un aumento en la prima de actividad de conformidad con lo estipulado en el Decreto 2863 de julio de 2007; por cuanto estaba obligada a establecer un aumento de 16,5% y solo se concedió el 15%.

Que la Entidad, no actuó de buena fe al establecer un aumento que no correspondía al mandato de una norma, como lo es el Decreto 2863 de 2007.

Concluye que, es fácil probar que la entidad aplicó indebidamente la norma, puesto que el aumento que debió establecer para la prima de actividad era del 16,5% y no del 15%, como se efectuó; transgrediendo el derecho al reajuste del 1,5% que le está adeudando, sobre la prima de actividad en su asignación de retiro, toda vez que sólo le reconoció un 45% desde la vigencia del Decreto 2863 de 2007.

2.5 Contestación

LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL³

La demandada se opone a la totalidad de las pretensiones.

³ Como quiera que el folio que establece el juzgado de primera instancia no corresponde a que efectivamente debe tener asignado se vuelve, en esta a realizar la refoliación para soporte de la providencia de segunda instancia. Así la contestación de la demanda, se encuentra adjunta a folio 32 a 39



- **Acerca de los hechos**

Respecto de los hechos, indica ser cierto el reconocimiento de la prestación en cabeza de la accionante; igual que el derecho de petición y su respuesta.

- **Razones de la Defensa**

Excepciones

Como excepción propuso la demandada la siguiente:

Legalidad de las actuaciones de la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares.

Afirmando que, la Caja, es un establecimiento público del orden nacional, encargado de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensiones de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho.

Establece que, el señor capitán de corbeta, DURÁN GARZÓN HÉCTOR, q.e.p.d.; se le reconoció asignación de retiro con Resolución N° 0339 del 11 de marzo de 1975; en el tope máximo; esto es, el 30%; por encontrarse bajo la vigencia del Decreto 2337 de 1971; de allí que fuera retirado de la actividad militar, el 1° de abril de 1975.

Refiere que, teniendo como fundamento lo establecido en el Decreto 2863 de 2007, se incrementó la prima reconocida de un 30%, al 45% de dicho reconocimiento que para el caso anterior, es del 15%; dando un total de 45%.

Concluye que, el principio de oscilación no implica que se modifique el porcentaje de la prima de actividad, sino que, el porcentaje ya reconocido se aplique al valor de dicha prima según lo que estuviera devengando el personal en servicio activo.

No violación del derecho a la igualdad.

Indicando que, el principio de igualdad se predica solo entre iguales; de allí que fue el legislador el que estatuyó la escala gradual y porcentual, y los parámetros para el pago y reconocimiento de las asignaciones de retiro; por tanto, no puede un militar equipararse a otro, cuya asignación de retiro es posterior y está sometido a otro régimen; de allí que cada caso se resuelva de acuerdo al régimen vigente al momento de su declaración.



Reconocimiento de derechos adquiridos

Se indica que los derechos reconocidos al señor HÉCTOR DURÁN, solo se pueden predicar de las normas vigentes para el momento de su reconocimiento, que en el caso, es las correspondientes al año 1975; y no pretender derechos y situaciones contempladas en normas posteriores a la consolidación de su derecho.

Precedente Judicial sobre prima de actividad.

Manifiesta que, se debe tener en cuenta el precedente jurisprudencial dada la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011; además del pronunciamiento de la Corte Constitucional que indica la obligatoriedad de aplicar el precedente.

No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la caja de retiro de las fuerzas militares.

Resalta que las actuaciones realizadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares, por cuanto al realizar los incrementos anuales a las asignaciones de retiro con base en los Decretos Ejecutivos expedido por el Gobierno Nacional, corrobora el régimen prestacional especial que rige para este sector, diferente a la normatividad dispuesta para los demás servidores públicos que se enmarcan dentro del régimen general de seguridad social.

Indicando que, en el caso bajo estudio, no se da causal alguna de nulidad de los actos administrativos proferidos y por el contrario, las actuaciones realizadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se ajustan a lo dispuesto por el legislador, respecto al reconocimiento y pago de la prima de actividad.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA⁴

Por medio de providencia del 6 de septiembre de 2016, el Juez Tercero Administrativo del circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, y decidió denegar las pretensiones de la demanda.

⁴ Folios 79-85



El Juez A quo expuso, en Sentencia Oral, que la pretensión se sustenta en un equívoco sobre cómo entiende el principio de oscilación, considerando que si se incrementa el porcentaje de la prima de actividad para el personal activo, automáticamente se incrementa el porcentaje que se debe reconocer al retirado en su prima de actividad como factor computable de la asignación de retiro; modificando la que se tuvo en cuenta cuando se le reconoció la asignación de retiro del causante, como si el Decreto 2863 de 2007, tuviera efectos retroactivos de modificar el Decreto 1211 de 1990, aplicable en cuanto a la prima de actividad como factor salarial para la asignación de retiro por ser el vigente a causar el derecho.

Finaliza, estimando que, no se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad del acto administrativo demandado; ajustándose a derecho la negativa de reajustar la prima de actividad en la asignación de retiro en la forma pretendida por la demandante.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN⁵

Por medio de escrito del 13 de septiembre de 2016, la parte demandante presenta apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando que sea revocada la misma, aduciendo que si se hubiese analizado en su integridad lo establecido en los artículos 84 del Decreto Ley 1211 de 1990 y el 68 del Decreto Ley 1212 de 1990, la conclusión inequívoca es que el incremento ordenado es el 50% del 33% establecido en el Decreto 2863; siendo entonces el porcentaje a reconocer del 16.5%; por cuanto con este cálculo del 33%, todos los activos que tenían su reconocimiento en la prima de actividad, le fue sumado el 16.5%, para un total del 49.5%; de modo que este mismo porcentaje es el que se debió tener en cuenta para los retirados; sin que se les pueda reconocer a estos últimos un valor diferente.

V.- TRÁMITE PROCESAL

Por auto calendado 6 de octubre de 2016⁶ se concedió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante; con providencia del 10 de mayo de 2017⁷, se dispuso la admisión de la

⁵ Folio 97-100 c. 1

⁶ Folio 102 c. 1

⁷ Folio 4 C. 2ª instancia





impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 28 de junio de 2017⁸, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. La parte demandante no alegó de conclusión; igualmente guardó silencio la parte demandada.

6.2. Ministerio Público⁹

Con escrito del 14 de agosto de 2017, el Procurador 130 delegado ante este Tribunal, rindió concepto en el asunto de la referencia.

Ahora bien, advierte esta Corporación que dicho concepto fue aportado de manera extemporánea al proceso, atendiendo a que el término para el mismo corrió del 17 de julio al 31 de julio 2018, puesto que la notificación del auto de alegatos, se realizó a las partes el 29 de junio de 2017¹⁰.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

7.2. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

7.3 Acto administrativo demandado.

En el presente asunto, el acto acusado es el Oficio No. 211 CREMIL 73698 consecutivo 2015-64608 del 10 de septiembre de 2015, por medio del cual

⁸ Fol. 8 C. 2ª instancia

⁹ Folio 10-14 c. 2

¹⁰ Folio 9 c. 2



CREMIL niega el incremento de la prima de actividad, la consecuente reliquidación y reajuste de la pensión de beneficiaria, solicitada por la demandante.

7.4 Problema jurídico.

La parte recurrente sostiene que la asignación de retiro de la que es titular la demandante como beneficiaria, debe ser reajustada en cuanto al factor computable denominado prima de actividad aplicando los porcentajes que señala el Decreto 2863 de 2007, de conformidad con el principio de oscilación y el principio de favorabilidad.

El problema jurídico se planteará, así:

¿Es procedente reliquidar y reajuste la asignación de retiro/pensión de sobreviviente de la demandante con la incorporación de los porcentajes incrementados a la partida computable PRIMA DE ACTIVIDAD, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2863 de 2007?

7.5. Tesis

La Sala de Decisión confirmará la sentencia de primera instancia, en razón a que la demandante no tiene derecho a que se le reliquide y reajuste su asignación de retiro en su calidad de beneficiaria, con la incorporación de los porcentajes incrementados a la partida computable Prima de Actividad en un 46.5%, toda vez que, el reajuste sobre la prima de actividad ordenado en el Decreto 2863 de 2007, ya venía siendo percibido por el Capitán de Corbeta fallecido HÉCTOR DURÁN GARZÓN; porque la liquidación de la prima de actividad se realizó conforme a la Ley, en un 45%.

La Tesis planteada se soporta en los argumentos que a continuación se exponen.

7.6. Marco normativo y Jurisprudencial

La prima de actividad de que trata el *sub examine*, inicialmente fue concebida como una prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares, para después convertirse en un factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo.



El Decreto 1211 de 1990, Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, en su artículo 159 dispuso:

"ARTÍCULO 159. CÓMPUTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computará de la siguiente forma:

- Para individuos con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%).
- Para individuos con quince (15) o más de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%).
- Para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%).
- **Para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).**
- Para individuos con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%)."(Negrillas y subrayas de la Sala)

Por su parte, el Decreto 4433 de 2004, por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, preceptúa:

"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 6° 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.

Artículo 14. Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados con dieciocho (18) o más años de servicio, por llamamiento a calificar





servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta 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, así:

14.1 Sesenta y dos por ciento (62%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los dieciocho (18) primeros años de servicio.

14.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los dieciocho (18) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

14.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Parágrafo 1°. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieren quince (15) o más años de servicio que sean retirados del servicio activo por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, 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, así:

El cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el inciso anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

Parágrafo 2°. Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) años o más de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación."

De lo anterior, se colige que el Decreto 4433 de 2004 contempla porcentajes mayores referentes a la prima de actividad que debe computarse en la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública en comparación con el Decreto 1211 de 1990.

Por otro lado, el artículo 42 del citado decreto consagra el llamado principio de oscilación, según el cual, las asignaciones de retiro contempladas en él se incrementarían en igual porcentaje en que se aumenten las asignaciones para los miembros que se encuentran en actividad.





"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.

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."

Mientras tanto, el Decreto 2863 de 2007, por medio del cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 que fijó los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares; Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional; Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, dispone lo siguiente:

"Artículo 2º. Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así:

Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1º de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto ley 1211 de 1990, 68 del Decreto ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto ley 1214 de 1990.

Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos **159 del Decreto ley 1211 de 1990** y **141 del Decreto ley 1212 de 1990**, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%)." (Negritas de la Sala)

"Artículo 4º. En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, **los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro** o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional **obtenida antes del 1º de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente**, por razón del incremento de que trata el artículo 2º del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007. (Negritas de la Sala)

Parágrafo. No le será aplicable este artículo al personal que por decisión judicial se hubiere acogido al Régimen General de Pensiones"

Haciendo una interpretación armónica de los artículos en cita, se concluye que, en virtud del principio de oscilación, el aumento dispuesto en el porcentaje de la prima de actividad del personal activo de los miembros de las Fuerzas Militares, también se les aplica al personal retirado que a la fecha de entrada en vigencia del mismo, esto es, 1º de julio de 2007, ya vinieran disfrutando de asignación de retiro, modificando así lo señalado en el Decreto 4433 de 2004 al respecto.





7.7. Caso concreto

7.7.1. Hechos probados

Del expediente administrativo laboral allegado con la contestación de la demanda y de las demás pruebas allegadas al proceso, se tienen como hechos probados los siguientes:

- El Capitán de Corbeta HÉCTOR DURÁN GARZÓN, contó con un tiempo de servicio de 25 años, 10 meses y 14 días, vinculado a las Fuerza Militares (f. 51 reverso).
- Mediante Resolución No. 0339 del 11 de marzo de 1975, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció al señor HÉCTOR DURÁN GARZÓN asignación de retiro, para lo cual se tuvo en cuenta como partida computable la prima de actividad en un 15%, según el Decreto 2337 de 1971 (f. 60-61)
- Que el día 23 de junio de 1989, se le reliquidó sus prestaciones sociales, conforme lo estatuye el Decreto 95 del 11 de enero de 1989, y el tiempo de servicio; esto es, 25 años 10 meses y 14 días; así.
 - * Al 18.5% en vigencia fiscal de 1990.
 - * Al 22.5% en vigencia fiscal de 1991. Y,
 - * Al 30% en la vigencia fiscal de 1992.
- Mediante Resolución N° 3217 del 20 de septiembre de 2001, se volvió a reliquidar la prima de actividad, en un 30%, reconociendo como beneficiaria, a la hoy demandante, conforme el Decreto 1211 de 1990 (f. 64-66)
- Que al demandante se le cancela en la actualidad, la citada prima en un monto del 45%; según comprobante de pago adjunto a folio 18.
- Que de conformidad con el contenido del acto administrativo acusado Oficio No. 211, Certificado Cremil No. 73698 Consecutivo 2015-64608 de fecha 10 de septiembre de 2015, el reconocimiento del 15% que dio como resultado un porcentaje en la prima de actividad del 45% de la asignación de retiro de la demandante, se efectuó a partir del 27 de julio de 2007 fecha de entrada en vigencia del Decreto 2863 de 2007. (F. 16 reverso)





7.7.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial expuesto

Para resolver el problema jurídico planteado, es preciso tener en cuenta los presupuestos normativos que regulan la asignación de retiro.

En el caso en concreto al señor DURÁN GARZÓN, fue retirado con el 15% de la prima actividad de conformidad con el Decreto 2337 de 1971, vigente al momento de su retiro que fue el 1º de abril de 1975, con 25 años 10 meses y 14 días de servicio activo.

El Decreto 4433 de 2004, en su Art. 13 se refiere a los factores computables para liquidar la asignación de retiro y en el Art. 14 se refiere a la asignación de retiro y los requisitos para acceder a ella.

Debe destacarse que la lectura de dichas disposiciones no permite concluir que establezca reajustes al personal activo que deban ser aplicados por vía de oscilación al personal retirado. Simplemente señalan la forma en que deben ser tenidos en cuenta para el cómputo de la asignación de retiro, sin que establezcan incrementos para el personal en servicio activo.

Es importante agregar que estas disposiciones aplican al momento en que se reconoce la asignación de retiro, es decir, se tienen en cuenta cuando se reconoce el derecho, sin que proceda su aplicación en forma *retroactiva* a quienes ya lo tienen reconocido en vigencia de disposiciones anteriores. Ambas normas se refieren a personal que se encuentre en servicio activo al momento de entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004.

El Decreto 1211 de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, estableció en su artículo 159, que los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del mentado decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, se reconocería un porcentaje del 30% del sueldo, por concepto de Prima de Actividad siempre que tuvieran más de 25 años de servicio, pero menos de 30.

Por otra parte, encuentra acreditado la Sala, que el causante con posterioridad al reconocimiento de la asignación de retiro y por disposición del Decreto 2863 de 2007 el cual estableció un incremento del 50% en la prima de actividad, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, liquidó el porcentaje que venía percibiendo el demandante por concepto de prima de



actividad, aumentándose la misma en un 15%, resaltando la Sala, que el incremento ordenado fue liquidado sobre el porcentaje que venía percibiendo el demandante, es decir, del 30%, tal como lo dispone el decreto en cita, por ello el monto de la prima de actividad se incrementó al 45%.

No obstante lo anterior, la demandante en el recurso de alzada, solicita que se le aplique el Decreto 2863 de 2007 art. 4º y que como consecuencia le sea reconocida prima de actividad en un porcentaje del 46.5% sobre la asignación básica y que por ende le sea reajustada su asignación básica; estimándose, que no le asiste el derecho reclamado, toda vez que, la normatividad aplicable para establecer el monto de la prima de actividad es la vigente al momento de la consolidación del derecho (asignación de retiro).

Aunado a lo anterior, el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 que consagra el principio de oscilación y cuya aplicación requiere el apelante, deja entrever que tiene como fin que las asignaciones de retiro contempladas en el mismo, se incrementen en igual porcentaje en que se aumenten las asignaciones de actividad, haciendo referencia sólo a aquellas personas que alcancen el derecho a partir de su entrada en vigencia, es decir, a partir del 31 de diciembre de 2004; a tal conclusión llega la Sala, pues el artículo 2º del mismo decreto, señala que se respetarán los derechos adquiridos de quienes al momento de su entrada en vigencia hubieren cumplido todos los requisitos para acceder a una asignación de retiro conforme a normas anteriores¹¹, por lo que se advierte, que el Decreto en cita, en materia de prima de actividad, no dispuso efecto retroactivo alguno, sino que dejó indemne la situación jurídica de quienes ya venían con su derecho consolidado.

Cuestión diferente, es lo que ocurre con la aplicación del Decreto 2863 de 2007, toda vez que, este mismo en sus artículos 2º y 4º, autoriza aplicar el principio de oscilación de la asignación de retiro previsto por el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 a las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública obtenidas con anterioridad al 1º de julio de 2007,

¹¹ Decreto 4433 de 2004. Artículo 2º. Garantía de los derechos adquiridos. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y Soldados de las Fuerzas Militares, o sus beneficiarios, **que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a una asignación de retiro o a una pensión de invalidez, o a su sustitución, o a una pensión de sobrevivencia, conservarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos, conforme a normas anteriores.** (Negrillas de la Sala).





señalando de manera taxativa, que la prima de actividad, como factor computable de la asignación de retiro, se les incremente en igual porcentaje en que ésta se haya ajustado al personal activo del mismo grado que el del retirado; y dicho ajuste ya fue efectuado por parte de la entidad demandada, pues como se señaló anteriormente, el porcentaje de la partida prima de actividad del causante fue aumentado de un 30% a un 45%.

Por último, no existe prueba que un Capitán de Corbeta del mismo grado que el esposo de la demandante, le haya sido reconocido el porcentaje que la apelante manifiesta en la demanda y en su impugnación que debe ser aplicado, porque así se le reconoció a un suboficial en servicio activo o en condición de retirado.

Así las cosas, estima la Sala que le asiste razón el A quo, cuando considera que no existe causal de nulidad alguna del acto acusado por medio del cual la entidad demandada no accedió a la solicitud del demandante de que se le aumentara el porcentaje de Prima de actividad a un 46.5%, como partida computable para su asignación de retiro, y el consecuente reajuste de ésta última, pues la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES ha efectuado los ajustes que por ley se pueden realizar, esto es, el incremento del 50% concebido en el Decreto 2863 de 2007.

Por todo lo anterior, la Sala confirmará la Sentencia de primera instancia de fecha seis (6) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

7.8. Conclusión

La respuesta al interrogante planteado en el problema jurídico es negativo, porque la demandante no tiene derecho a que se le reliquide y reajuste su asignación de retiro, en calidad de beneficiaria, con la incorporación de los porcentajes incrementados a la partida computable Prima de Actividad en un 46.5%, toda vez que, el reajuste sobre la prima de actividad ordenado en el Decreto 2863 de 2007, ya viene siendo percibida por la beneficiaria del difunto DURÁN GARZÓN, tal como lo señala el decreto en mención, es decir, que no hay lugar a aplicar las disposiciones que indican como liquidar la asignación de retiro en el Decreto 4433 de 2004 al suboficial retirado, pues se refieren a quienes adquieren derecho a su reconocimiento estando en servicio activo durante su vigencia, no siendo aplicable al retirado en virtud del principio de oscilación.





En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada.

VII.- COSTAS -

Conforme con lo estipulado en el art. 188 del CPACA, y los art. 365 y 366 del CGP., esta Corporación condenará en costas a la parte vencida.

VIII.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en audiencia inicial del 6 de Septiembre de 2016, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en las consideraciones de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte vencida, conforme a lo establecido en los artículos 188 del CPACA y del 365-366 del CGP.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de rigen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 060 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE