



Cartagena de Indias D.T y C., veintitrés (23) de agosto dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-003-2017-00056-01
Demandante	JULIO ROBERTO MOSCOSO DÍAZ
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>Reajuste asignación de retiro variando el porcentaje de la prima de actividad – improcedencia.</i>

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 26 de junio de 2018, 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 JULIO ROBERTO MOSCOSO DÍAZ, 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, JULIO ROBERTO MOSCOSO DÍAZ, 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,

2.2. Pretensiones

"1. Que se declare la nulidad del acto administrativo reproducido en el oficio N.0083533 consecutivo 2015-83533 de noviembre 26 de 2015; oficio 0083520 consecutivo 2015-83521 de noviembre 26 de 2015 escritos que fueron dirigidos a mi poderdante, negándole el reajuste, reliquidación y pago de la prima de actividad, conforme lo ordenado en los artículo 2 y 4to del decreto 2863 de 2007 y el artículo 42 del decreto 4433 de 2004.

¹ Folios 1-15



2. Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL a reconocer, reajustar y pagar la prima de actividad en la asignación de retiro, que es titular el actor en un 41.5% a partir del 1 de julio de 2007, en el mismo monto o proporción en que se reajustó la asignación un militar en actividad, por razón del incremento que estableció el art. 2 del Decreto 2863 de 2007, aplicando así principio de oscilación que rige a todos los miembros de la Fuerza Pública.

3. Que se condene al reconocimiento y pago de las diferencias en las mesadas de su asignación de retiro dejadas de cancelar desde el 1 de julio de 2007 y hasta que quede ejecutoriada la sentencia sin perjuicio del fenómeno prescriptivo que pueda haber operado, cifras que se ordenen a pagar de forma indexada mes a mes con fundamento en el artículo 187 de la ley 1437 de 2011.

4. Ordenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL a dar cumplimiento al artículo 366 del Código General del Proceso, además de lo señalado en el artículo 192, 194 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

(...)"

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

2.3 Hechos

Señala el accionante que, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció Asignación de retiro y la partida computable de prima de actividad en cuantía porcentual del 25%, a partir del 1º de julio de 2007.

Destaca el actor que, mediante derecho de petición, le solicitó al Director de Cremil, se le reconociera y pagara la prima de actividad tomando como factor de liquidación, el porcentaje que se liquida para el personal de suboficiales de las Fuerzas Militares que se encuentran en actividad, lo anterior, por considerar que la demandada interpretó de manera errada el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007.

Explica que, la demandada mediante los actos administrativos oficios 0083533 consecutivo 2015-83533 de noviembre 26 de 2015; oficio 0083520 consecutivo 20185-83521 de noviembre 26 de 2015 dio respuesta al derecho de petición, negando lo solicitado con el argumento que la prima de actividad se le reconoció en la forma y términos establecidos en la ley vigente al momento del retiro, teniendo en cuenta el tiempo de servicio prestado en las Fuerzas Militares.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

- Constitución Política artículos 2, 6, 83 y 87.
- Decretos 2863 de 2007.

2.4.1 Concepto de la violación

En síntesis señala la demandante que, se desconoce el artículo 2º, 6º, 83 y 87 de la Constitución Política de Colombia, por cuanto no se le protegió al demandante 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. Que el artículo 2º *ibídem*, aumenta en un 50% 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.

2.5. CONTESTACIÓN

2.5.1 LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL².

La demandada se opone a la totalidad de las pretensiones.

- **Acerca de los hechos**

Respecto de los hechos, manifiesta que son ciertos los relativos al reconocimiento de la asignación de retiro y el agotamiento de la vía gubernativa.

En cuanto a los demás, se opone a todos ellos.

- **Razones de la Defensa**

Legalidad de las Actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

Alega la entidad demandada que, con la expedición del Decreto 2863 de julio de 2007 que dispuso el incremento de la partida de prima de actividad en el 50% del porcentaje que venía siendo liquidada, efectuando el reajuste en la proporción indicada en la norma; toda vez que antes del mes de julio de 2007, el actor tenía una prima de actividad del 30% y a partir del mes de julio de 2007, devenga un porcentaje de prima de actividad del 45%

Indica que el accionante adquirió el status de militar retirado al desvincularse de la Armada Nacional a partir del año 1982, y acreditó un tiempo de servicio de 24 años, 8 meses y 1 día. En cumplimiento a la norma anterior y previa verificación de las formalidades legales, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES,

² Fol. 69-72 Cdno 1



13001-33-33-003-2017-00056-01

reconoció asignación de retiro al demandante, mediante Resolución No. 0850 del 17 de noviembre de 1982.

El demandante a través de apoderado, solicitó el reajuste de la prima de actividad dentro de su asignación de retiro, pretendiendo se le modifique el porcentaje de la prima de actividad, a la cual esta entidad dio respuesta a través de oficio, no accediendo a lo solicitado, por cuanto su prestación quedó consolidada bajo el imperio de la normatividad vigente, constituyéndose en un derecho adquirido, no siendo aplicables modificaciones en aplicación a normas posteriores, salvo que el legislador expresamente disponga lo contrario. Se tiene entonces, que no le asiste razón al demandante al solicitar el incremento de prima de actividad, por cuanto el reconocimiento de su asignación de retiro se efectuó conforme a la normatividad vigente para la época de su retiro, incluyendo dentro de su liquidación las partidas computables de acuerdo a la ley.

Aclaró que las partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro, no implican o tienen relación con el reajuste o nivelación de la asignación, la cual opera a través del principio de oscilación, el cual como se indicó anteriormente se desarrolla a partir del sueldo básico de actividad y el incremento que a este le realice el gobierno nacional a través de decretos ejecutivos.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA³

Por medio de providencia del 26 de junio de 2018, la Juez Tercero Administrativo del circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, y decidió denegar las pretensiones de la demanda.

La Juez *A quo* expuso, que quedó demostrado que el demandante adquirió el derecho de percibir la asignación de retiro bajo el imperio de la Ley 1211 de 1990, incluyendo los porcentajes establecidos en el momento para la liquidación de la asignación de retiro y la correspondiente prima de actividad la cual quedó establecida en un 25% teniendo en cuenta el grado al que pertenecía.

Explicó la Juez de primera instancia que el Decreto 2863 de 2007, consagra el principio de oscilación, en su artículo 2, donde el incremento en el porcentaje de la prima de actividad que venía devengando los miembros en servicio activo es el equivalente al 50% de lo devengado por todo concepto a partir del 1 de julio de 2007, y en el artículo 4, el mismo Decreto estableció para quienes gozaran

³ Folios 147-151 Cdn0 1





13001-33-33-003-2017-00056-01

de asignación de retiro, previa al 1 de julio de 2007, un ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente.

Considerando que, si bien es cierto la prima de actividad del personal activo y del personal retirado se debe incrementar en el mismo porcentaje (50%), también, lo es que la base de la prima de actividad reconocida y devengada que se debe incrementar es diferente, pues la prima de actividad para los activos corresponde al 33%, mientras que dicha prima para el personal retirado corresponde al porcentaje establecido en el decreto vigente para la época del retiro, el cual para el caso del demandante era del 25%, correspondiente el 50% para un total de 37.5%, tal como lo hizo CREMIL.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN⁴

Por medio de escrito del 3 de julio de 2018, la parte demandante presenta apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando que sea revocada la misma, aduciendo que el fallo desconoce la sentencia de unificación por parte del H. Consejo de Estado en el tema en específico.

Aduce que, existe una doble interpretación de la norma en comento, aplicando la juez de primera instancia la más desfavorable para el demandante, desconociendo las sentencias proferidas a favor por distintos juzgados y Tribunales a nivel nacional como el presente.

Por lo anterior, solicita se revoque la sentencia apelada y se acceda a las pretensiones de la demanda.

V.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante Tribunal Administrativo de Bolívar, el 09 de agosto de 2018⁵, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 13 de diciembre de 2018⁶; y, a correr traslado para alegar de conclusión el 09 de abril de 2019⁷.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante: No presentó escrito de alegatos.

⁴ Folio 154-160 Cdno 1

⁵ Folio 2 Cdno de apelación

⁶ Folio 4 Cdno de apelación

⁷ Folio 8 Cdno de apelación





13001-33-33-003-2017-00056-01

6.2. Alegatos de la parte demandada⁸: La parte demandada alegó de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

6.3. Ministerio Público: No presentó concepto.

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.

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 son los Oficios 83533 del 26 de noviembre de 2015 y 0083520 del 26 de noviembre de 2015, por medio del cual CREMIL niega el incremento de la prima de actividad en un porcentaje superior al 41.5% del porcentaje que venía devengado a la entrada en vigencia del Decreto 2863 de 2007.

7.4 Problema jurídico.

La parte recurrente sostiene que la asignación de retiro de la que es titular, debe ser reajustada en cuanto al factor computable denominado prima de actividad aplicando los porcentajes que señalan los Decretos 4433 de 2007 y 2863 de 2007, de conformidad con el principio de oscilación.

El problema jurídico se planteará, así:

¿Es procedente reliquidar y reajuste la asignación de retiro del demandante con la incorporación de los porcentajes incrementados a la partida computable PRIMA DE ACTIVIDAD, establecida en el Decreto 2863 de 2007, conforme con la interpretación jurídica que éste propone?

⁸ Fol. 11- 14 Cdno de apelación





7.5. Tesis

La Sala de Decisión CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia, en razón a que el demandante no tiene derecho a que se le reliquide y reajuste su asignación de retiro con la incorporación de los porcentajes incrementados a la partida computable prima de actividad en un 41.5%, toda vez que, el reajuste sobre la prima de actividad ordenado en el Decreto 2863 de 2007, ya viene siendo percibido por el accionante, 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 accionante, 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.

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.

En efecto, la prima de actividad fue creada en virtud de la ley 131 de 1961, únicamente para los Oficiales, Suboficiales y el personal civil de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional en servicio activo; sin embargo, por medio del Decreto 2337 de 1971, dicha prestación se hizo extensiva al personal que disfrutaba de asignación de retiro, reconociéndoseles en un monto del 15% del su sueldo básico, disposición que se reiteró en el Decreto 0612 de 1977.

Posteriormente, por medio del Decreto 89 de 1984 se consagró la prima de actividad dependiendo del tiempo de servicios prestados por el Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares. A su vez, el **Decreto 095 de 1989**⁹ derogatorio

⁹ **Artículo 155. RECONOCIMIENTO PRIMA DE ACTIVIDAD.** Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y sus beneficiarios, en goce de asignación de retiro o pensión, cuyo retiro o separación haya ocurrido antes del 18 de enero de 1984 se les computará la prima de actividad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior, en la forma que a continuación se expresa:

--En la vigencia fiscal de 1990 hasta el dieciocho punto cinco por ciento (18.5%).

--En la vigencia fiscal de 1991 hasta el veintidós punto cinco por ciento (22.5%).





13001-33-33-003-2017-00056-01

del anterior, determino la aplicabilidad de la prima de actividad al personal retirado con anterioridad al 18 de enero de 1984.

La norma anterior, a su vez, fue reformada por el Decreto 1211 de 1990, 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)

"ARTICULO 160. RECONOCIMIENTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y sus beneficiarios, en goce de asignación de retiro o pensión, cuyo retiro o separación haya ocurrido antes del 18 de enero de 1984 se les computará la prima de actividad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior, en la forma que a continuación se expresa:

- En la vigencia fiscal de 1990 hasta el dieciocho punto cinco por ciento (18.5%).
- En la vigencia fiscal de 1991 hasta el veintidós punto cinco por ciento (22.5%).
- En la vigencia fiscal de 1992 hasta el treinta y tres por ciento (33%).

PARÁGRAFO. Queda entendido que no habrá lugar a los reajustes establecidos en este artículo entre el 18 de enero de 1984 y las iniciaciones de las vigencias fiscales indicadas en esta norma. Tampoco habrá reajuste de las prestaciones unitarias".

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:

--En la vigencia fiscal de 1992 hasta el treinta y tres por ciento (33%).

Parágrafo. Queda entendido que no habrá lugar a los reajustes establecidos en este artículo entre el 18 de enero de 1984 y las iniciaciones de las vigencias fiscales indicadas en esta norma.



13001-33-33-003-2017-00056-01

"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 1º 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 1º. 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,





13001-33-33-003-2017-00056-01

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 2º. 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





13001-33-33-003-2017-00056-01

la Policía Nacional; se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, dispone lo siguiente:

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

Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1° 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 4°. 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 1° 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 2° 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, 1° 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 Suboficial Jefe (Ra), JULIO ROBERTO MOSCOSO DÍAZ, contó con un tiempo de servicio de 24 años, 8 meses y 1 día, vinculado la Armada Nacional (f. 25).



13001-33-33-003-2017-00056-01

- Mediante Resolución No. 0850 del 17 de noviembre de 1982, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció y pago al señor JULIO ROBERTO MOSCOSO DÍAZ, la asignación de retiro a la que tenía derecho, consistente en el 85% del sueldo que devengaba en servicio activo. (Folio 25)
- Conforme con Resolución No. 0850 del 17 de noviembre de 1982 expedida por CREMIL, se tiene que el actor devengaba una prima de actividad de 15% del sueldo.
- Por medio de petición del 8 de octubre de 2015, el señor JULIO ROBERTO MOSCOSO DÍAZ, solicitó a CREMIL que le reajustara la asignación de retiro, teniendo en cuenta la prima de actividad en cuantía de 49.5% (fol. 18-21).
- Con actos administrativos contenidos en los Oficios No. 0083520 y 0083533 del 26 de noviembre de 2015, la entidad demandada decidió no acceder a lo solicitado. (F. 22-23).

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, se tiene que el señor JULIO ROBERTO MOSCOSO DÍAZ prestó sus servicios a la Fuerza Naval del Atlántico- Cartagena, Bolívar, como Suboficial Jefe, por un tiempo de servicio de 24 años, 08 meses y 1 día; por lo que se le reconoció una asignación de retiro, mediante **Resolución No. 0850 del 17 de noviembre de 1982**.

Lo anterior quiere decir que, para la fecha en la cual el actor dejó de prestar sus servicios al Estado, la prima de actividad no constituía factor salarial aplicable a su caso; pues, como se dijo en el marco normativo de esta providencia, la prima de actividad solo se hizo extensiva al personal retirado antes de 1984, con el **Decreto 095 del 1989**, que a su vez fue modificado por el **Decreto 1211 de 1990**. En ese orden de ideas, el señor MOSCOSO DÍAZ devengó hasta julio de 2007, el porcentaje del 25% del sueldo básico, correspondiente a esta prestación.

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.





13001-33-33-003-2017-00056-01

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; a diferencia de lo ocurrido con el Decreto 095 de 1989 y el Decreto 1211 de 1990 que expresamente extendieron el beneficio de la prima de actividad al personal retirado antes de 1984. En ese orden de ideas, el Decreto 4433 de 2004, solo aplica al personal que se encuentre en servicio activo al momento de entrada en vigencia la norma, no a los que tiene consolidado su derecho al retiro.

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 25% del sueldo, por concepto de Prima de Actividad siempre que tuvieran más de 20 años de servicio, pero menos de 25.

Cabe resaltar que no se allegó por parte del demandante un certificado expedido por la entidad, donde se establezca a partir de qué fecha se le hizo el aumento de la prima de actividad, así como tampoco se tiene prueba de los porcentajes que se devengan actualmente por el señor Moscoso Díaz. Solo se encuentra la Resolución por medio del cual se le reconoce y paga la asignación de retiro al actor y en la misma se establece el porcentaje de la prima en comento en un 15%.

Sin embargo, encuentra acreditado la Sala, por medio del oficio 0083520 que al causante se le reconoció la prima de actividad en un 25%, más el aumento autorizado mediante Decreto 2863 de 2007, es decir el 50% del porcentaje que se venía devengando, que corresponde a un 12.5% adicional, arroja como resultado el porcentaje que se viene percibiendo a la fecha por concepto de la prima de actividad del 37.5% (fol. 23).

No obstante lo anterior, el demandante en el recurso de alzada, solicita que se le aplique el Decreto 2863 de 2007 art. 4º como consecuencia le sea reconocida prima de actividad en un porcentaje del 41.5% sobre la asignación básica y que





13001-33-33-003-2017-00056-01

por ende le sea reajustada su asignación básica; a lo cual, estima la Sala, que el demandante no tiene derecho a que se le reliquide y reajuste su asignación con la incorporación de los porcentajes incrementados a la partida computable Prima de Actividad en un 41,5%, 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 a la asignación de retiro, (o los Decretos 095/89 y 1211/90 si se retiraron antes de 1984).

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 2° 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 anteriores¹⁰, 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 2° y 4°, 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 1° de julio de 2007, 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 25% a un 37.5%.

¹⁰ Decreto 4433 de 2004. Artículo 2°. 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).





Por último, no existe prueba que un suboficial del mismo grado que el actor le haya sido reconocido el porcentaje que el 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 la 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 41.5%, 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 26 de junio de 2018, 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 el demandante no tiene derecho a que se le reliquide y reajuste su asignación de retiro con la incorporación de los porcentajes incrementados a la partida computable Prima de Actividad en un 41.5%, toda vez que, el reajuste sobre la prima de actividad ordenado en el Decreto 2863 de 2007, ya viene siendo percibido por el accionante, 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 accionante, 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 el 26 de junio de 2018, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, por lo expuesto en las consideraciones de la sentencia.

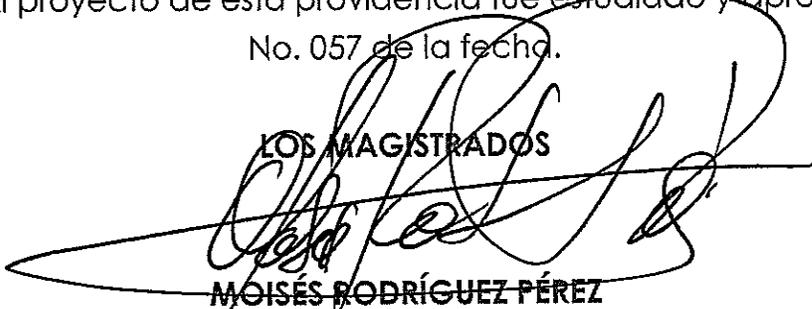
SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte vencida, conforme a lo establecido en los artículos 188 del CPACA y del 365 -366 del CGP.

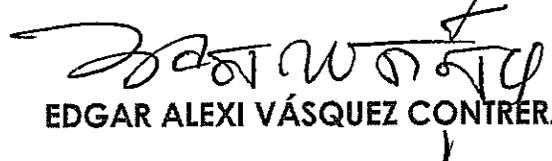
TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de rigen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 057 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


CLAUDIA PATRICIA PENUELA ARCE

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-003-2017-00056-01
Demandante	JULIO ROBERTO MOSCOSO DÍAZ
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

