



Cartagena de Indias D.T y C., catorce (14) de junio de dos mil diecinueve (2019)

| | |
|--------------------|--|
| Acción | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Radicado | 13-001-33-33-004-2016-00203-01 |
| Demandante | IGNACIO RAFAEL ZABALETA PÁJARO |
| 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 09 de febrero de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por el señor IGNACIO RAFAEL ZABALETA PÁJARO, por conducto de apoderado 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 apoderado judicial constituido para el efecto, el señor IGNACIO RAFAEL ZABALETA PÁJARO, 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 1-8



2.2. Pretensiones

"1. Que se declare nulo el acto acusado contenido en el ESCRITO CREMIL No. 25057 de fecha 14 de abril de 2016, emanada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL, mediante el cual negó el derecho al Reajuste de Asignación de Retiro – incremento y por ende el Reconocimiento de la Reliquidación, Pago de Retroactivo, Reajuste y Pago Prima de Actividad.

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 sobre la Asignación Básica el Reconocimiento, Liquidación, Pago y Reajuste de Asignación de Retiro por concepto de Prima de Actividad dese el 2007 hasta la fecha de ejecutoria de la Sentencia, en el porcentaje que se reclama.

3. Que el incremento de la diferencia del porcentaje, se cancele con retroactividad de manera indexada y se condene además, a la caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL a dar cumplimiento según los parámetros del artículo 192 del C.P.A.C.A. y a cancelar intereses en la forma prevista en el artículo 192 ibídem.

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, le reconoció Asignación de retiro, desde el 05 de mayo de 1992, con un tiempo de servicios de 21 años, 11 meses y 28 días.

Destaca el actor que, en reclamación administrativa, le solicitó al Director de Cremil, modificar, reconocer y liquidar la partida computable prima de actividad se le reconociera y pagara la prima de actividad tomando como factor de liquidación, el porcentaje que se liquida para el personal de las Fuerzas Militares que se encuentran en actividad, es decir, que se le reconociera la citada prima en un porcentaje de 49.5% del sueldo básico, lo anterior, por considerar que la demandada interpretó de manera errada el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007.

Explica que, la demandada mediante el acto administrativo, emitió respuesta negativa, con el argumento que la prima de actividad se le reconoció en la



13-001-33-33-004-2016-00203-01

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, 13, 23, 25, 48, 53, 58
- Ley 4ª de 1992
- Decretos 2863 de 2007
- Decreto 2863 de 2007
- Decreto 673 de 2008
- Decreto 737 de 2009
- Decreto 1530 de 2010
- Decreto 1050 de 2011
- Decreto 842 de 2012
- Decreto 1050 de 2013
- Decreto 187 de 2014
- Decreto 1028 de 2015

2.4.1 Concepto de la violación

En síntesis señala la parte demandante que, CREMIL ha interpretado de manera errada y por consiguiente nociva a sus intereses, el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007, al reajustar la prima de actividad aplicando el acápite 2 del artículo 2 del mencionado Decreto y no ordenar el reajuste en el mismo porcentaje que le fue reconocido a los militares en servicio activo.

Que la regla general, es que la ley rige para situaciones jurídicas que se consoliden en su vigencia, pero cuando la ley consagra norma favorable a situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una norma anterior, podrá aplicarse la norma más beneficiosa, así mismo, la ley establece su ámbito de aplicación para situaciones jurídicas concretas, como lo hace el legislador en el Decreto 4433 de 2004.

Indica que el legislador estableció como criterio de remuneración para los militares y policías, una regla de igualdad para mantener el poder adquisitivo de sus prestaciones, conocida como el principio de oscilación. En ese sentido, siempre que el gobierno nacional decrete un aumento salarial para oficiales y suboficiales en servicio activo, éste debe hacerse también a quienes defenten el mismo grado pero se encuentran en situación de retiro.





13-001-33-33-004-2016-00203-01

Sostiene que al demandante le fue reajustada la prima de actividad en beneficio de CREMIL, a partir del 1 de julio de 2007, burlando el principio de interpretación gramatical de la ley, pues la prima de actividad, ordenada para oficiales y suboficiales en servicio activo se liquidó en un 49.5% sobre el sueldo básico, y en el caso que nos ocupa, ese orden debe cobijar de igual forma a los retirados como el actor, que tiene la condición de retirado antes del 2007, es una persona de la tercera edad, que tiene derecho a que se le aplique la norma que regula el principio de oscilación, de donde se sustrae que se debe realizar el mismo porcentaje que a los activos, esto es 49.5%.

Expone, que por regla general la ley rige para las situaciones jurídicas que se consolidan en su vigencia, pero cuando la ley posterior consagra normas más favorables, pueden aplicarse éstas, por ser más beneficiosas, como es el caso del Decreto 4433 de 2003

2.5 Contestación

La entidad demandada no contestó la demanda, ni propuso excepción alguna.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA²

Por medio de providencia del 09 de febrero de 2018, la Juez Cuarta 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, al actor no le asiste el derecho que pretende, toda vez que Cremil dio cumplimiento a la ley, porque de las pruebas recaudadas, se acreditó que se aplicó en correcta forma lo contemplado en el artículo 2º del Decreto 2863 de 2007, es decir, tuvo en cuenta el porcentaje devengado por el demandante de acuerdo con las disposiciones que eran aplicable a su retiro.

Manifestó, que no hay discusión alguna a lo consagrado en el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, pero, aclara que, el hecho de que se haya autorizado el incremento de la prima de actividad como partida computable dentro de las asignaciones de retiro o pensiones, en el mismo porcentaje previsto en el

² Folios 55-61 Cuaderno 1





13-001-33-33-004-2016-00203-01

artículo 2°. Ibidem, de ninguna manera implica, como lo entiende la parte actora, equiparar la situación de los activos y los retirados en cuanto al valor que resulta de aplicar el porcentaje autorizado (50%), el cual en el caso del personal de retiro necesariamente dependerá del porcentaje en que fue computada la prima de actividad, según el estatuto vigente para la fecha del retiro y el tiempo de servicio prestado.

Concluye manifestando que, el personal retirado si tiene derecho al reajuste porcentual de la prima de actividad, pero con base en lo que ha venido devengando por ese concepto en la asignación de retiro, más no con base en el monto de la prima de actividad pagada al personal en servicio activo, porque tomar el porcentaje reconocido por concepto de prima de actividad a los oficiales y suboficiales de la fuerza pública en servicio activo y aplicarlo al personal que ya se encuentra en retiro, implicaría asentir una homogeneidad que no está prevista en la norma, por tanto consideró que no se da ninguna trasgresión al derecho de igualdad.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN³

Por medio de escrito del 14 de febrero de 2018, la parte demandante presenta apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando que sea revocada la misma, aduciendo que el fallo generó un proveído abiertamente contrario a derecho vulnerando el contenido de los artículo 2, 13, 25 y 53 de la Carta Política, al no cobijar lo solicitado desconociendo el acervo probatorio aportado en el proceso, la evolución del derecho y el espíritu del legislador, al querer igualar los beneficios otorgados a los activos que se vean reflejados en los retirados.

Indica que el demandante tiene derecho a que se le ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, es decir, el 16.5%. Explica que, CREMIL aplica el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007 (25%+12.5%= 37.5%), y lo solicita la aplicación del artículo 4 de dicha norma (25%+16.5%=41.5%)

Reclama, que al porcentaje reconocido, en la época del retiro, se le aplicó el beneficio de que trata el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007; y lo que se

³ Folio 63-67 Cuaderno 1





13-001-33-33-004-2016-00203-01

pretende es que se aplique en virtud de la oscilación el incremento ordenado a los activos del 16.5%.

Continua señalando que CREMIL, lo que se busca es que la favorabilidad al retirado sea protectora de los intereses para su beneficio, en la medida en que no es equitativo o justo, lo dispuesto en el artículo 2 con lo previsto en el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007 y yerra el fallo de primera instancia ya que el Decreto 2863 de 2007 previó los efectos retroactivos al establecer que su aplicación se realiza a aquellas asignaciones de retiro obtenidas con anterioridad al 01 de julio de 2007; lo que, a su juicio, el Decreto 2863 de 2007 aunque posterior, se aplica también a asignaciones de retiro reconocidas con anterioridad a su entrada en vigencia.

V.- TRÁMITE PROCESAL

Por acta calendada 10 de abril de 2018⁴ se repartió el asunto a este Tribunal Administrativo de Bolívar; con providencia del 08 de octubre de 2018⁵, se dispuso admitir la impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 13 de marzo de 2019⁶, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante: La parte demandante no alegó de conclusión.

6.2. Alegatos de la parte demandada⁷: La parte demandada alegó de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

6.3. Ministerio Público: El Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

⁴ Folio 2 Cuaderno apelaciones

⁵ Folio 4 Cuaderno apelaciones

⁶ Folio 8 Cuaderno apelaciones

⁷ Folio 11-14 Ibídem





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 es el ESCRITO CREMIL No. 25057 de fecha 14 de abril de 2016, emanada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL, mediante el cual negó el derecho al Reajuste de Asignación de Retiro – incremento y por ende el Reconocimiento de la Reliquidación, Pago de Retroactivo, Reajuste y Pago Prima de Actividad.

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.

Así las cosas, 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?

Como respuesta a lo anterior, la Sala sostiene la siguiente,



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 16.5%, 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, como bien lo expuso la Juez de primera instancia, 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 derogatorio del anterior, y reformado a su vez por el Decreto 1211 de 1990, en su artículo 159 dispuso:





13-001-33-33-004-2016-00203-01

"**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,





13-001-33-33-004-2016-00203-01

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.





13-001-33-33-004-2016-00203-01

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 incrementarían 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





13-001-33-33-004-2016-00203-01

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:

- Derecho de petición, por medio del cual el señor IGNACIO RAFAEL ZABALETA PÁJARO, solicita el reajuste de su asignación de retiro, con base en la inclusión de la prima de actividad en un 49.5% (fl. 12)
- Oficio CREMIL 25057 del 14 de abril de 2016, por medio del cual CREMIL niega la solicitud de la accionante (fl. 14)
- Certificado de CREMIL, en el que consta que el señor IGNACIO RAFAEL ZABALETA PÁJARO, prestó sus servicios en la Fuerza Naval del Caribe en Cartagena (fl. 15)





- Certificado de CREMIL en el que se relacionan los factores tenidos en cuenta para liquidar la asignación de retiro del señor IGNACIO RAFAEL ZABALETA PÁJARO, desde 1992 hasta 2016. En él se advierte que el actor recibía por concepto de prima de actividad el 25%, hasta el año 2007, incrementándose dicho valor, desde EL 2008 al 37.5%. (fl. 16-18)
- Resolución No. 649 de 05 de mayo de 1992, por la cual se ordena el reconocimiento y pago de la asignación de Retiro al señor Suboficial Jefe de la Armada Nacional IGNACIO RAFAEL ZABALETA PÁJARO (Folios 25-26)

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 LUIS FERNANDO GÓMEZ, prestó sus servicios a la Armada Nacional de Colombia, como Suboficial Jefe, por un tiempo de servicio de 21 años, 11 meses y 28 días; que fue retirado del servicio mediante Resolución 649 del 05 de mayo de 1992, concediéndole una asignación de retiro en cuantía del 74% de su sueldo.

Que el actor, comenzó a percibir la prima de actividad en virtud Decreto 2337 de 1971, que extendió su aplicación al personal retirado. Así las cosas, en virtud del Decreto 1211 de 1990, el monto que percibía el señor LUIS FERNANDO GÓMEZ por concepto de prima de actualización era de **25% del sueldo**.

Se tiene también que, 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; sin embargo, 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 los factores salariales para el cómputo de la asignación de retiro, del personal que a la fecha en entrada en vigencia del decreto, estuviera en servicio activo.



13-001-33-33-004-2016-00203-01

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

Por otra parte, encuentra acreditado la Sala, con posterioridad al reconocimiento de la asignación de retiro del actor 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 12.5%, resaltando la Sala, que el incremento ordenado fue liquidado sobre el porcentaje que venía percibiendo el demandante, es decir, del 25%, tal como lo dispone el decreto en cita, por ello el monto de la prima de actividad se incrementó al 37.5%.

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 50% sobre la asignación básica y que 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 50%, 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





13-001-33-33-004-2016-00203-01

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 anteriores⁸, 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, 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 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 49.5%, como partida

⁸ 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.** (Negritas de la Sala).





13-001-33-33-004-2016-00203-01

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 09 de febrero de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto 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 49.5%, 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,



13-001-33-33-004-2016-00203-01

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en audiencia inicial del 09 de febrero de 2018, proferida por el Juzgado Cuarto 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. 037 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRIGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS (E)

