



Cartagena de Indias D.T y C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-008-2017-00233-01
Demandante	ELIDA CASTELLANOS DE HOAYECK
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 23 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual resolvió denegar a las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por ELIDA CASTELLANOS DE HOAYEK, por conducto de apoderado judicial.

2.2.- Demandado

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

2.3. La demanda¹.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, ELIDA CASTELLANOS DE HOAYECK, 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,

2.4. Pretensiones

"1. Se declare la nulidad del acto acusado contenido en el escrito No. 67662 de fecha 06 de agosto de 2015, emanado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL,

¹ Folios 1-9



13-001-33-33-008-2017-00233-01

mediante el cual negó el derecho al reajuste de asignación de retiro y por ende la reliquidación y pago de retroactivo prima de actividad .

2. como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho se condena 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 desde 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, 194, y 195 de la Ley 1437 de 2011.

4. Que se condene en costas a la demanda Caja de Retiro de las Fuerzas Militares".

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

2.5. Hechos

Señala la accionante que, goza del beneficio de una asignación de retiro con cargo a CREMIL desde el 04 de abril de 1977 la cual fue adquirida por su esposo, con un tiempo de servicio activo de 21 años, 04 meses y 16 días, por lo que al momento del retiro se le aplicó la liquidación con base a las normas vigentes para esa fecha, sin embargo, indica que hoy le es aplicable el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007.

Manifiesta que dentro de las partidas computables que liquida CREMIL para la asignación de retiro, está la correspondiente a la prima de actividad, la cual se encuentra liquidada actualmente en un 37.5%.

Indica que el Decreto 2863 de 2007, ordenó el aumento en un 50% a partir del 1 de julio del mismo año, al porcentaje de la prima de actividad, y para el cómputo de esta en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro pensión se ajustaría el porcentaje al que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el 50%. Es decir, que antes del 1 de julio de 2007 la demandante percibía por concepto de prima de actividad un 25%, al CREMIL aplicar el Decreto en mención queda dicho porcentaje en un 37.5%, en razón a que al porcentaje percibido, se le suma la mitad de este, generando el porcentaje que actualmente recibe, reclamándose entonces la cantidad porcentual de que trata el artículo 2 de la norma referida.

Destaca el actor que, mediante derecho de petición radicado ante Cremil, solicitó la reliquidación y reajuste de la prima de actividad en el porcentaje otorgado al militar en servicio activo de 16.5%, a partir del 01 de julio de 2007.





13-001-33-33-008-2017-00233-01

Explica que, la demandada mediante el acto administrativo, 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.

2.6. Contestación

2.6.1. 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, el agotamiento de la vía gubernativa y la respuesta a la petición

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

- **Excepciones**

Como excepción propuso la demandada la siguiente:

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.

- **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%

² Fol. 47-55 Cdo 1



13-001-33-33-008-2017-00233-01

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 25% y a partir del mes de julio de 2007, devenga un porcentaje de prima de actividad del 37.5%

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.

Aclarando 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 23 de mayo de 2018, el Juez Octavo Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, y decidió denegar las pretensiones de la demanda.

El Juez *A quo* expuso, que la prima de actividad se estableció como una prestación favor de los miembros de las Fuerzas Militares, y posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo, por ende, dicha prestación debe ser liquidada conforme a la normativa vigente para la fecha en que el demandante estuvo activo.

En lo que concierne al incremento del porcentaje de la prima de actividad al 41.5% a partir del 1 de julio de 2007, y por aplicación del principio de oscilación, consideró que no es procedente, toda vez que el Decreto 2386 de 2007, no

³ Folios 108-114 Cd Min: 13:03 – 25:41 Cdno 1





13-001-33-33-008-2017-00233-01

establece el incremento de dicha asignación en ese porcentaje, sino que, el incremento sería solo del 50% de lo que ya venía percibiendo, que para el caso concreto era el 12.5% sumándole el 25% que ya venía recibiendo, arrojando un total de 37.5%, dicho porcentaje es el que actualmente percibe la actora como beneficiaria del señor Alfredo Hoayek Yepes, por concepto de la prima de actividad.

IV. - RECURSO DE APELACIÓN⁴

Por medio de escrito del 06 de junio de 2018, la parte demandante presenta apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando que sea revocada la misma, aduciendo que el fallo vulnera los artículos 2, 13, 25, y 53 de la Constitución Política. Aduce que, su solicitud radica en que al valor reconocido en la época de retiro se le suma el ordenado en el artículo 4, que para los activos es del 49.5% porque se incrementa la partida de prima de actividad en un 16.5% y que sumado al 33% de que trata el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990.

Reitera que lo que solicita, es a aplicación del incremento del 50% ordenado para los activos, esto es del 16.5%, sumando a la reconocido al momento del retiro. Indica que:

- CREMIL aplica es el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007 así: $25\% + 12.5\% = 37.5\%$.
- Lo que solicita se aplique es el artículo 4, así: $25\% + 16.5\% = 41.5\%$.

Trae a colación para sustento de su petición, el Decreto 2863 de 2007 el cual en su artículo 2, ordena el incremento en un 50% a partir del 1 de julio del mismo año, para el computo de esta prima en las prestaciones sociales diferentes a la asignación de retiro, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el 50%.

En cuanto a la aplicación del principio de oscilación, trae a colación los artículos 4 y 169 del Decreto 1211 de 1990.

V. - TRÁMITE PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante Tribunal Administrativo de Bolívar, el 4 de julio de 2018⁵, se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 12 de

⁴ Folio. 115-119 Cdo no 1

⁵ Folio. 2 Cdo de apelación





13-001-33-33-008-2017-00233-01

diciembre de 2018⁶; y, a correr traslado para alegar de conclusión el 08 de abril de 2019⁷. Posteriormente, esta última providencia fue objeto de recurso por parte del Ministerio Público (fol. 11-12), y resuelto el 12 de julio de 2019 (fol. 19).

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

6.2. Alegatos de la parte demandada⁸: La parte demandada alegó de conclusión el 23 de julio de 2019, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

6.3. Ministerio Público: No rindió 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 es el No. 67662 del 06 de agosto de 2015, por medio del cual CREMIL niega el incremento de la prima de actividad en el 41.5% del sueldo básico 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 beneficiaria, debe ser reajustada en cuanto al factor computable denominado prima de

⁶ Folio. 4 Cdno de apelación

⁷ Folio. 8 Cdno de apelación

⁸ Fol. 22-25 Cdno de apelación





13-001-33-33-008-2017-00233-01

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 a 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?

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





13-001-33-33-008-2017-00233-01

Suboficial de las Fuerzas Militares. A su vez, el Decreto 095 de 1989⁹ derogatorio 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%).

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%).
- 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.



13-001-33-33-008-2017-00233-01

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:

"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.





13-001-33-33-008-2017-00233-01

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, tuvieran 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.





13-001-33-33-008-2017-00233-01

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 Suboficial Primero^(R), ALFREDO HOAYECK YEPES, contó con un tiempo de servicio de 21 años, 4 meses y 16 días vinculado a la Armada Nacional (f. 80-81).
- Mediante Resolución No. 0271 del 4 de abril de 1977, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció y pago al señor ALFREDO HOAYECK YEPES, la asignación de retiro a la que tenía derecho, consistente en el 74% del sueldo que devengaba en servicio activo y una prima de actividad del 15%. (Folio 80-81).
- Certificado expedido por CREMIL en donde consta que la señora ELIDA CASTELLANOS HOAYEK es beneficiaria de la sustitución pensional del suboficial jefe ^(R) ALFREDO HOAYEK YEPES¹⁰.
- Conforme a la respuesta dada por CREMIL a la petición radicada por la demandante, se tiene que el finado ALFREDO HOAYEK YEPES devengaba una prima de actividad de 25% del sueldo, y que a partir de 01 de julio de ese mismo año, dicha prima se le aumentó al 37.5%. (fol. 15)
- Por medio de petición del 29 de julio de 2015, la señora ELIDA CASTELLANOS HOAYEK, solicitó a CREMIL que le reajustara la asignación de retiro, teniendo en cuenta la prima de actividad (Fols. 10, 14 y 15).
- Con acto administrativo contenido en el Oficio No. 67662 del 06 de agosto de 2015, la entidad demandada decidió no acceder a lo solicitado. (F. 15).

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 ALFREDO HOAYEK YEPES, prestó sus servicios a la Armada Nacional de Colombia, como Suboficial Primero, por un

¹⁰ Folio. 17 cdno 1



13-001-33-33-008-2017-00233-01

tiempo de servicio de 21 años, 4 meses y 16 días; por lo que se le reconoció una asignación de retiro, mediante **Resolución No. 0271 del 4 de abril de 1977**.

Que la señora ELIDA CASTELLANOS HOAYEK, es beneficiaria de la sustitución pensional del finado ALFREDO HOAYEK YEPES.

Lo anterior quiere decir que, para la fecha en la cual el señor ALFREDO HOAYEK YEPES dejó de prestar sus servicios al Estado, la prima de actividad constituía factor salarial aplicable a su caso; conforme al Decreto 2337 de 1971 reconocida en un 15% como establecía dicha normativa; posterior a ello, el Decreto 84 de 1984 determinó la aplicabilidad de la prima de actividad al personal retirado con anterioridad al 18 de enero de 1984, como en el caso bajo estudio; la anterior fue reformada por el Decreto 1211 de 1990, el cual en su artículo 159 dispuso que para "**Para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%)**". En ese orden de ideas, la demandante 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.

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%



13-001-33-33-008-2017-00233-01

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

Por otra parte, encuentra acreditado la Sala, que la demandante 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 12.5%, resaltando la Sala, que el incremento ordenado fue liquidado sobre el porcentaje que venía percibiendo el finado, 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, la 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 49.5% 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 49,5%, 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 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

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).

13-001-33-33-008-2017-00233-01

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 25% a un 37.5%.

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 al *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 de la demandante de que se le aumentara el porcentaje de Prima de actividad a un 49.5%, 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 23 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Octavo 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



13-001-33-33-008-2017-00233-01

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 23 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, por lo expuesto en las consideraciones de la sentencia.

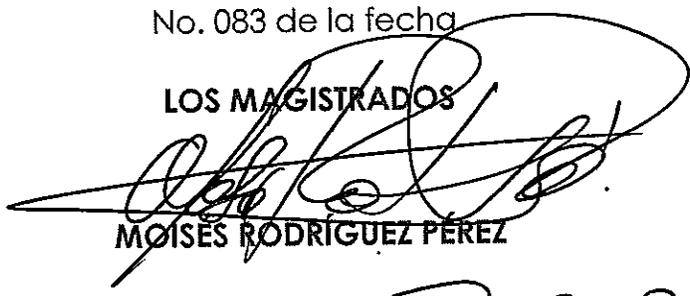
SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte vencida, conforme a lo establecido en los artículos 188 del CPACA y del 365 -366 del CGP.

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

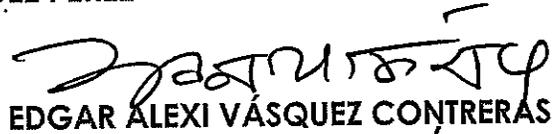
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 083 de la fecha

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

