



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

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-011-2017-00151-01
Demandante	GREGORIO EMILIO AHUMADA RETAMOS
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 17 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Décimo Primero 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 GREGORIO EMILIO AHUMADA RETAMOS, 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 VÍCTOR MANUEL PADILLA HERNÁNDEZ, 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 1-15



2.2. Pretensiones

"PRIMERA: Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto reproducido en el oficio N17007 consecutivo 2016-17007 de marzo 17 de 2016, y el acto administrativo expreso 0019289 consecutivo 2014-19298 de marzo 26 de 2014 escritos que fueron dirigidos a mi poderdante, negándole el reajuste, reliquidación y pago de la prima de actividad, conforme lo ordenado en los artículos 2 y 4 del decreto 2863 de 2007 y el artículo 42 del decreto 4433 de 2004.

SEGUNDA: Que con fundamento de la anterior declaración de nulidad y a título del 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 (a) en un 41.5% partir del 1 de julio de 2007, en el misino (sic) monto o proporción en que 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.

TERCERA: En virtud de lo anterior, se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, 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 pagar de forma indexada mes a mes con fundamento en el artículo 187 de la ley 1437 de 2011.

CUARTA: Que la CAJA DE RETIRO DE LA FUERZAS MILITARES de cumplimiento a la sentencia en los términos previstos 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 al demandante por todo el tiempo de servicio prestado a la fuerza pública; en la Resolución de reconocimiento de asignación de retiro, le fue reconocida la partida computable de prima de actividad en cuantía porcentual del 25%.

Destaca el actor que, a través de apoderada judicial y mediante derecho de petición, le solicitó al Director de Cremil, sobre lo aquí pretendido, lo cual fue respondido expresamente por la demandada.





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, al no reconocer, liquidar y pagar a favor del demandante, el 50% de la prima de actividad, sobre la base del 33%, a partir del 1 de julio de 2007, conforme a la solicitud presentada por el demandante, la entidad demandada incurre en falsa motivación ya que desconoce la aplicación retroactiva que el mismo legislador en el Decreto 2863 de 2007 en su artículo 4 expresamente le dio a los retirados con anterioridad al 1 de julio de 2007, el derecho de reajustar al 50% pero de lo que gana el personal activo de la fuerza pública que es el 33%, de conformidad con el principio de oscilación y favorabilidad laboral, desconociendo estos principios y aplicando solamente el artículo 2 del mencionado decreto y no el artículo 4, está aplicando la ley a su propia conveniencia.

Agrega que, al negarse al reconocimiento y pago del 50% de la prima de actividad a partir del 1 de julio de 2007, se vulnera el contenido del artículo 2 del Decreto 2863 del mismo año, pues dicha norma consagró expresamente que se incrementaría en un 50% a partir del 1º 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.

Sostiene que la entidad demandada interpretó y aplicó en forma equivocada el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, al no haber reajustado la prima del personal retirado en el mismo porcentaje que le fue ajustado a los activos, y en



13-001-33-33-011-2017-00151-01

su efecto, aplicó lo previsto en el acápite 2 del artículo 2 del citado Decreto, norma que hizo la suficiente claridad y que excluye precisamente a las prestaciones sociales.

Explica que, el demandante tenía derecho a que se le reconociera la prima de actividad en el 33%, y a partir del 1° de julio de mismo año le fue reajustada tan solo en un 37.5%, de esta manera, la entidad demandada burló los principios de interpretación gramatical de la Ley, pues la prima de actividad debió ser ajustada en el mismo monto o proporción en que se ajustó al activo correspondiente al 50%; resaltando que, en ningún momento la norma contempla tener en cuenta el tiempo de servicios para efectos de liquidar la prima de actividad.

2.5 Contestación²

La entidad demandada manifestó que son ciertos los hechos relativos al reconocimiento de la asignación de retiro y el agotamiento de la vía gubernativa, pero, manifiesta que no son ciertos los que tratan sobre la configuración de un acto ficto o presunto en consideración a que si se dio respuesta de fondo al peticionario.

Manifestó que, el señor Sargento Primero GREGORIO EMILIO AHUMADA RETAMOS de la Armada nacional, le fue reconocida asignación de retiro con Resolución No. 1185 del 29 de julio de 1992, siendo retirado por solicitud propia al reunir los requisitos para acceder a la prestación, encontrándose bajo la vigencia del Decreto Ley 1211 de 1990.

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

Sostuvo que, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007 y el incremento aplicado a la asignación de retiro que disfruta el demandante, se encuentra correspondencia entre lo dispuesto por la norma y la decisión de la

² Folios 53-60 Cdno 1



13-001-33-33-011-2017-00151-01

Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, pues a la Entidad le correspondía realizar un incremento 12.5% al porcentaje base para su liquidación por concepto de prima de actividad, pasando del 25% al 37.5% con el fin de garantizar el poder adquisitivo de la asignación de retiro del actor; explicando que, el incremento del 50% sobre la prima de actividad depende estrictamente del porcentaje reconocido como consecuencia del tiempo de servicio que tenga acumulado cada titular de la asignación de retiro, por lo cual, lo que se pretende con la norma, es que el ajuste por dicho concepto sea en el mismo porcentaje en que se haya aumentado en el activo correspondiente, por ello, la prima de actividad se incrementa en el mismo porcentaje ordenado en el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007, lo que conlleva a aplicar el 50% de lo devengado en la referida prima, que para el caso de la asignación recibida por el demandante, al tener reconocida la prima de actividad en un 25%, este porcentaje debe ser incrementado en un 12.5% para un total de 37.5% valor que ha venido reconociendo la demandada.

Como excepciones de mérito propuso las siguientes:

- Prescripción del derecho
- No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la caja de retiro de las fuerzas militares.

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

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





III. – SENTENCIA IMPUGNADA³

Por medio de providencia del 17 de mayo de 2018, la Juez Décimo Primero 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 las pretensiones de la demanda devienen improcedentes, pues el reconocimiento y liquidación de las asignaciones de retiro y, en general de todas las prestaciones periódicas de término indefinido, se rige por la normativa vigente al tiempo en que ocurriere el retiro del servicio.

Explica que, de conformidad con el Decreto 2863 de 2007, la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto 1211 de 1990, 68 del Decreto 1212 de 1990 y 38 del Decreto 1214 de 1990, se debe incrementar en un 50% a partir del 1 de julio de 2007.. Que teniendo en cuenta que al actor hasta el 30 de junio de 2007 tenía reconocida la prima de actividad en un porcentaje equivalente al 25% y a partir del 1 de julio de 2007 fue incrementada al 37.5%, es decir, en los términos establecidos en el referido estatuto, la prima de actividad ya reconocida fue incrementada en un 50%, esto es el 12.5% que sumado al 25% completa un 37.5%, tal y como viene recibiendo el actor de acuerdo a certificado visible a folios 24.

Agrega que, no es de recibo el argumento según el cual, en virtud del principio de oscilación, al actor debe liquidársele la asignación de retiro con base en el Decreto 4433 de 2004, pues sumado al hecho de que en él se regula la prima de actividad del personal en actividad, la aplicación de aquel principio presupone la existencia de una norma posterior que varíe precisamente el porcentaje reconocido como prima de actividad de dicho personal, hipótesis que no tuvo lugar con ocasión del Decreto 4433 de 2004.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN⁴

Por medio de escrito del 22 de mayo de 2018, la parte demandante presenta apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando que sea revocada la misma, manifestando su desacuerdo con el fallo de primera instancia, pues a su juicio, en el presente caso quedo probada que si existe

³ Folios 93-97 Cuaderno 1

⁴ Folios 100-106 Cuaderno 1





13-001-33-33-011-2017-00151-01

conurrencia de interpretaciones (dos interpretaciones diferentes) sobre una misma ley, Decreto 2863 de 2007, sobre el reajuste de prima de actividad; y, la Juez no aplicó el mandato constitucional de la favorabilidad laboral.

Arguye que la juez de primera instancia le dio prevalencia al precedente del Consejo de Estado – Sala de lo contencioso Administrativo – Sección Segunda, precedente que es legalmente aceptable, pero que no acoge una interpretación favorable a los intereses de los pensionados; citando sentencia que considera se debe tener en cuenta para dirimir el presente asunto, en aplicación al principio de favorabilidad.

V.- TRÁMITE PROCESAL

Por acta calendada 20 de junio de 2018⁵ se repartió el asunto a este Tribunal Administrativo de Bolívar; por lo que, con providencia del 25 de septiembre de 2018⁶, se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 06 de noviembre de 2018⁷, 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 demandada⁸: La parte demandada alegó de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

6.3. Ministerio Público⁹: El Agente del Ministerio Público rindió concepto el 07 de diciembre de 2018 donde solicita se confirme la sentencia de primera instancia.

⁵ Folio 3 Cuaderno apelaciones

⁶ Folio 5 Cuaderno apelaciones

⁷ Folio 9 Cuaderno apelaciones

⁸ Folio 12-15 Ibídem

⁹ Folio 16-19 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, oficio No. 0019289 consecutivo 2014-19298 de marzo 26 de 2014, escrito emitido por CREMIL, dirigido al demandante, negandó el reajuste, reliquidación y pago de la prima de actividad, conforme lo ordenado en los artículos 2 y 4 del decreto 2863 de 2007 y el artículo 42 del decreto 4433 de 2004.

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:



13-001-33-33-011-2017-00151-01

"**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%)."(Negritas 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,





13-001-33-33-011-2017-00151-01

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.





13-001-33-33-011-2017-00151-01

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 incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.

El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley."

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

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

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

Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del Decreto ley 1211 de 1990 y 141



13-001-33-33-011-2017-00151-01

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 GREGORIO EMILIO AHUMADA RETAMOS, solicita el reajuste de su asignación de retiro, con base en la inclusión de la prima de actividad en un 49.5% (fl. 18-21)
- Oficio No. 0019289 consecutivo 2014-19298 de marzo 26 de 2014, por medio del cual CREMIL niega la solicitud del accionante (fl. 22)





13-001-33-33-011-2017-00151-01

- Certificado CREMIL, en el que consta que al señor GREGORIO EMILIO AHUMADA RETAMOS, le fue incrementada la prima de actividad del 25% AL 37.5%¹⁰
- Certificado de CREMIL, en el que consta que el señor GREGORIO EMILIO AHUMADA RETAMOS, prestó sus servicios en el Batallón de Fusileros de Infantería de Marina No. 03 "BAFIM3" en MALAGANA – BOLÍVAR (Folio 25).
- Resolución No. 1185 de 1992, por la cual se ordena el reconocimiento y pago de la Asignación de Retiro al Sargento Primero de Infantería Marina de la Armada Nacional GREGORIO EMILIO AHUMADA RETAMOS, en un 78% (fl. 26-28)

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 GREGORIO EMILIO AHUMADA RETAMOS, prestó sus servicios a la Armada Nacional de Colombia, como Suboficial Jefe, por un tiempo de servicio de 22 años, 01 mes y 24 días; que fue retirado del servicio mediante Resolución 1185 de 29 de julio de 1992, concediéndole una asignación de retiro en cuantía del 78% de su sueldo. Así las cosas, en virtud del Decreto 1211 de 1990, el monto que percibía el señor PADILLA HERNÁNDEZ 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.

¹⁰ Folio 24 Cuaderno 1





13-001-33-33-011-2017-00151-01

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 41.5% 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 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 (asignación de retiro).

Aunado a lo anterior, el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 que consagra el principio de oscilación y cuya aplicación requiere el apelante, deja entrever que tiene como fin que las asignaciones de retiro contempladas en el mismo, se incrementen en igual porcentaje en que se aumenten las asignaciones de actividad, haciendo referencia sólo a aquellas personas que alcancen el derecho a partir de su entrada en vigencia, es decir, a partir del 31 de





13-001-33-33-011-2017-00151-01

diciembre de 2004; a tal conclusión llega la Sala, pues el artículo 2º del mismo decreto, señala que se respetarán los derechos adquiridos de quienes al momento de su entrada en vigencia hubieren cumplido todos los requisitos para acceder a una asignación de retiro conforme a normas anteriores¹¹, por lo que se advierte, que el Decreto en cita, en materia de prima de actividad, no dispuso efecto retroactivo alguno, sino que dejó indemne la situación jurídica de quienes ya venían con su derecho consolidado.

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

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.** (Negritas de la Sala).



13-001-33-33-011-2017-00151-01

Por todo lo anterior, la Sala confirmará la Sentencia de primera instancia de fecha 17 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Décimo Primero 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 en audiencia inicial del 17 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Décimo Primero 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.



13-001-33-33-011-2017-00151-01

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 RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS (E)

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-011-2017-00151-01
Demandante	GREGORIO EMILIO AHUMADA RETAMOS
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

