

Cartagena de Indias D.T y C., cinco (5) de junio de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-003-2016-00236-01
Demandante	OCTAVIO RODRÍGUEZ MUÑOZ
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Tema	<i>Reajuste asignación de retiro variando el porcentaje de la prima de actividad – improcedencia</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión¹, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 20 de febrero de 2018, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

En atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, esta Corporación procederá a dictar sentencia sin consideración al orden o turno que corresponda

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA².

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor OCTAVIO RODRÍGUEZ MUÑOZ, 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 Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del ACUERDO PCSJA20-11549 del CSJ de 7 de mayo de 2020, artículo 5, numeral 5.5., que levantó la suspensión de términos en los procesos seguidos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pendientes de dictar sentencia en primera, segunda y única instancia; y en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales

² Folio 1-9 c. 1

3.1.1 Pretensiones³

“1. Que se declare nulo el acto acusado contenido en el ESCRITO CREMIL No. 60107 del 24 de julio de 2015, emanada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL, mediante el cual negó el derecho al Reajuste de la Asignación de Retiro – Incremento y por ende el reconocimiento de la Reliquidación, pago de retroactivo, reajuste y pago de 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 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 del CPACA 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

3.1.2 Hechos⁴

Señala que, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció asignación de retiro al actor, desde el 4 de junio 1997, con un tiempo de servicio de 25 años, 7 meses y 6 días, en razón de lo anterior, al momento de su retiro se le aplicaron las normas vigentes para esa fecha.

Afirma, que hasta el 1 de julio de 2007, recibió, como partida computable para la pensión, un 30% por concepto de prima de actividad; y, con posterioridad a ello, se le aumentó un 15% para un total del 45%.

Destaca que, mediante derecho de petición, le solicitó al Director de Cremil, se le reconociera y pagara la prima de actividad tomando como factor de liquidación, el porcentaje que se liquida por concepto de prima de actividad, por considerar que la demandada interpretó de manera errada el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007.

³ Folio 1 y rev.

⁴ Folio 1 rev. -2 rev.

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.

3.1.3 Normas violadas y concepto de la violación

- Constitución Política artículos 2, 13, 23, 25, 48
- Ley 4ª de 1992
- Decretos 2863 de 2007

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.

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.

Finalmente, señala que la prima de actividad, ordenada para oficiales y suboficiales en servicio activo se liquidara 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%

3.2 CONTESTACIÓN LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL⁵

La demandada se opone a la totalidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, manifiesta que son ciertos los relativos al reconocimiento de la asignación de retiro y el agotamiento de la vía gubernativa. En cuanto a los demás, se opone a todos ellos.

Entre las razones de defensa se expuso que, en el caso en comento, el Suboficial (RA) OCTAVIO RODRÍGUEZ MUÑOZ, del Ejército Nacional le fue reconocida la asignación de retiro con Resolución No. 842 del 4 de junio de 1997, encontrándose bajo la vigencia del Decreto 1211 de 1990, el cual disponía, respecto del reconocimiento de la prima de actividad, que la misma se reconocería en un 30%, para aquellos individuos que acreditaran 25 años de servicio o más.

Que, para garantizar el poder adquisitivo de las mesadas pensionales de los miembros de las fuerzas militares en retiro, se contempló un aumento del porcentaje de la partida computable de la prima de actividad, tomando como punto de referencia lo devengado por los militares en actividad; en ese sentido, el Decreto 2863 de 2007 previó un incremento del 50% de la prima de actividad. En ese orden de ideas, una vez cotejado lo dispuesto en el decreto en mención, y el incremento aplicado en la asignación de retiro al demandante, se encuentra correspondencia entre lo dispuesto en la norma y lo decidido por CREMIL, pues lo correspondiente es un aumento del 15% del porcentaje base para la liquidación de la prima de actividad del actor, pasando del 30% al 45%.

Expuso que, 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.

⁵ Fol. 41-47 Cdno 1

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.

3.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

Por medio de providencia del 20 de febrero de 2018, la Juez Tercero Administrativo del Circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, y decidió denegar las pretensiones de la demanda.

La Juez *A quo* expuso, que no le asiste derecho a la parte accionante, toda vez que Cremil dio cumplimiento a la ley, y aplicó en forma correcta lo contemplado en el artículo 2º del Decreto 2863 de 2007, es decir, aumentó el 50% del porcentaje devengado por el demandante, en referencia con la prima de actividad reconocida en la asignación de retiro, para un total del 45% de dicho concepto.

Expuso, que CREMIL al reliquidar la asignación de retiro del actor dio aplicación a los Decretos 1211/90, D. 335/92 y D. 2863/2007. Sostuvo, que la pretensión del demandante se sustenta en un equívoco sobre la forma como debe entenderse el principio de oscilación, considerando que si se incrementa el porcentaje de la prima de actividad para el personal activo, automáticamente se incrementa el porcentaje que se debe reconocer al personal retirado, en su prima de actividad como factor computable de la asignación de retiro,

⁶ Folios 89-93 Cdno 1

13-001-33-33-003-2016-00236-01

modificándose con ello lo que se tuvo en cuenta cuando se le reconoció la asignación de retiro al demandante.

Afirma, que el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007, incrementó la prima de actividad, tanto para los militares activos como para los retirados, en iguales términos porcentuales (50%), a partir del 1 de julio de 2007; indicó que, en el caso del demandante, ese porcentaje equivale a un 15%, puesto que venía recibiendo por ese factor pensional, un porcentaje del 30% del sueldo, resultando que a partir de la fecha anterior, comenzó a recibir un nuevo porcentaje, correspondiente al 45%, por concepto de prima de actividad, como factor para la liquidación de la asignación de retiro.

3.4 RECURSO DE APELACIÓN ⁷

La parte demandante presentó 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 artículos 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.

Señala que en ningún momento se ha solicitado el reconocimiento directo del 49.5% de la prima de actividad que gozan los militares activos, sino que, en virtud del principio de oscilación, se le reconozca a los militares retirados, el valor aumentado a los militares activos, es decir el 16.5%. Para explicar lo anterior, afirma que los militares activos disfrutaban de una prima de actividad del 33%, pero el Decreto 2863/07 les reconoció un 50% adicional, equivalente al 16.5%; adicionalmente, la norma citada reconoció, en virtud del principio de oscilación, ese mismo valor a los militares retirados.

En ese orden de ideas, al demandante que disfrutaba una prima de actividad del 30% del porcentaje del sueldo, se le debió aumentar la misma al 46.5%.

Continua señalando que CREMIL, aplicó el decreto que reglamentaba la prima de actividad para la época del retiro del actor; pero son otros tiempos, innovadores, en las reclamaciones justas, y que el espíritu del legislador fue zanjar la diferencia entre activos y retirados, no siendo justo, ni equitativo, por

⁷ Folio 97-101 Cdno 1

quien duro mucho más tiempo trabajando, perciba menos porcentaje de quien duró menos años en la misma labor.

3.5 ACTUACIÓN PROCESAL

Por acta calendada 23 de abril de 2018⁸ se repartió el asunto a este Tribunal Administrativo de Bolívar; por lo que, con providencia del 10 de julio 2018⁹, se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 21 de mayo de 2019¹⁰, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.6 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante no alegó de conclusión. La parte demandada alegó de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia¹¹.

El Agente del Ministerio Público rindió concepto el 19 de noviembre de 2019 donde confirma la sentencia de primera instancia¹².

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

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

V- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

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

⁸ Folio 2 C 24 instancia

⁹ Folio 4 C. 2ª instancia

¹⁰ Fol. 10 C. 2ª instancia

¹¹ Fol. 18-21 Ibidem

¹² Fol. 22-25 ibidem

5.2 Problema jurídico.

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

El problema jurídico se planteará, así:

¿Es procedente, en virtud del principio de oscilación, la reliquidación de la asignación de retiro del señor OCTAVIO RODRÍGUEZ MUÑOZ con la incorporación de porcentaje de incremento realizado a la PRIMA DE ACTIVIDAD PARA MILITARES ACTIVOS, en un 49.5%, a través del artículo 2 del Decreto 2863 de 2007?

5.3. Tesis de la Sala

La Sala confirmará la decisión de primera instancia, porque considera que no es procedente la reliquidación de la asignación de retiro del señor OCTAVIO RODRÍGUEZ MUÑOZ con la incorporación de porcentaje de incremento realizado a la PRIMA DE ACTIVIDAD PARA MILITARES ACTIVOS, en un 49.5%, toda vez que, la interpretación que se le debe dar al artículo 4 del Decreto 2863 de 2007 es que, a los militares retirados del servicio solo les corresponde el aumento de la prima de actividad, como factor para calcular la asignación de retiro, en un 50% adicional al monto que venía percibiendo por tal prestación.

Tal conclusión se desprende del hecho de que, el principio de oscilación de que trata el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007, hace referencia únicamente **al porcentaje de aumento** realizado a la prima de actividad de los militares activos, que fue del 50%, sobre lo que ya venían devengando; en ese sentido, los militares pensionados adquirieron el derecho a que la prima de actividad que ya disfrutaban, se aumentara en el mismo porcentaje (50%), pero para nada, debía tocarse la asignación de retiro total.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 Marco legal de la prima de actividad

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,

13-001-33-33-003-2016-00236-01

para después convertirse en un factor de liquidación de las asignaciones de retiro, de acuerdo con 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**, la misma se dio en un porcentaje del 30% del sueldo, más un uno y medio por ciento (1 ½ %) por cada año de servicio cumplido en el grado respectivo, sin que exceda de treinta y seis por ciento (36%).

Conforme con el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 (*Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares*), actualmente los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tienen derecho a una prima mensual de actividad equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico. En igual sentido, el Decreto 1212 de 1990 (*Por el cual se reforma el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional*), estableció, en su artículo 68, que los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.

Por su parte, Decreto 1214 de 1990 "*Por el cual se reforma el Estatuto y el Régimen Prestacional del Personal Civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional*", en su artículo 38, dispuso que los empleados de dicha entidad, tienen derecho a una prima de actividad en un porcentaje del veinte por ciento (20%) del sueldo básico mensual, mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones.

5.4.2 Prima de actividad y su reconocimiento como parte de la asignación de retiro.

En lo que se refiere a la aplicación de la prima de actividad para los militares y policías retirados, se tiene que, a través del Decreto 2337 de 1971, dicha prestación **se hizo extensiva al personal que disfrutaba de asignación de retiro**, reconociéndoseles como una subpartida computable dentro de la "pensión", en un monto del 15% del su sueldo básico; ésta disposición se reiteró en el Decreto 0612 de 1977, luego en el Decreto 1211 de 1990 y actualmente permanece en el Decreto 4433 de 2004, así:



13-001-33-33-003-2016-00236-01

"Artículo 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 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.

(...)

Ahora bien, debe resaltarse que, a través del Decreto 89 de 1984, se consagró que la prima de actividad para los Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en retiro, dependería del tiempo de servicios prestados por el beneficiario. Ésta norma, fue derogada por el Decreto 095 de 1989, que a su vez, fue reformado por **el Decreto 1211 de 1990**, en su artículo 159¹³, que continúa vigente, y que 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%).

¹³ Debe tenerse en cuenta que los Decretos 1212 y 1214 de 1990 (que regulan las prestaciones de los policías y personal civil del Ministerio de Defensa), también dispusieron regulaciones parecidas para el computo de la prima de actividad, como factor a tener en cuenta para calcular la asignación de retiro.



13-001-33-33-003-2016-00236-01

- Para individuos con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%).” (Negrillas y subrayas de la Sala)

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

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

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

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

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

Haciendo una interpretación armónica de los artículos en cita, se concluye que, en virtud del principio de oscilación, el aumento dispuesto en el porcentaje de la prima de actividad del personal activo de los miembros de las Fuerzas Militares, también se les aplica al personal retirado que a la fecha de entrada en vigencia del mismo, esto es, 1° de julio de 2007, ya vinieran disfrutando de asignación de retiro, modificando así lo señalado en el Decreto 4433 de 2004 al respecto. Ahora bien, dicho beneficio se aplica a los militares retirados, en el mismo porcentaje dispuesto para los militares activos, es decir, en un 50% de lo que se le reconocía en virtud a dicha prima.

5.4.3 Del Principio de oscilación.

El artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 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.”

Sobre este aspecto, el H. Consejo de Estado¹⁴ ha expuesto lo siguiente:

“Para abordar este tema sea lo primero precisar que la asignación de retiro, de tiempo atrás, ha tenido una forma de actualización diferente a la que de manera general se ha establecido para las pensiones que devengan los servidores públicos y trabajadores privados, sistema que se ha conocido como el principio de oscilación.

La oscilación plantea una regla de dependencia entre la asignación que perciben los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y aquellos que se encuentran en retiro y que en tal virtud gozan de una prestación, ya sea asignación de retiro o pensión de invalidez o los beneficiarios que reciben pensión de sobrevivientes.

Dicha relación de proporcionalidad se puede advertir desde la Ley 2.^a de 1945¹⁵, para el caso de los militares y desde el Decreto 2295 de 1954 para la Policía Nacional, la cual continuó en las normas especiales de Carrera del Personal de Oficiales y Suboficiales previstas en los Decretos 2338 del 3 de diciembre de 1971 (artículo 108), 612 del 15 de marzo de 1977 (artículo 139), 89 del 18 de enero de 1984 (artículo 161¹⁶), 95 del 11 de enero de 1989 (artículo 164), para señalar algunas.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCION A Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GÓMEZ Bogotá, D. C., veintitrés (23) de febrero de dos mil diecisiete (2017). SE 005 Radicación número: 11001-03-25-000-2010-00186-00(1316-10) Actor: ANTONIO MOYANO

¹⁵ **ARTÍCULO 34.**- A partir de la sanción de la presente ley, el reconocimiento de las asignaciones a que se refiere el artículo anterior no se hará por cantidades fijas, sino en forma de porcentajes tomando en todo tiempo como base el sueldo de actividad vigente para cada grado, en forma que las dichas asignaciones de retiro sigan proporcionalmente las oscilaciones de los sueldos de actividad, y se paguen en todo tiempo con directa relación a los mismos.

¹⁶ **ARTÍCULO 161. OSCILACIÓN DE ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIONES.** <Decreto derogado por el artículo 263 del Decreto 95 de 1989> Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo

Luego, la Ley 923 del 30 de diciembre de 2004 en el artículo 3.13 consagró que las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública serían incrementadas en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones del personal en servicio activo, con lo cual se conservó la esencia del principio bajo estudio, tal y como lo hizo el artículo 42 del Decreto 4433 del 31 de diciembre de la misma anualidad".

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. 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 Sargento Mayor OCTAVIO RODRÍGUEZ MUÑOZ, contó con un tiempo de servicio de 25 años, 7 meses y 6 días, vinculado la Armada Nacional (f. 24¹⁷ y 50-51¹⁸).
- Mediante Resolución No. 0842 del 4 de junio de 1997, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció y pagó al señor OCTAVIO RODRÍGUEZ MUÑOZ, la asignación de retiro a la que tenía derecho. (Folio 24-25 y 50-51)
- Conforme a la certificación No. 613, CREMIL 69752, expedido por la entidad demandada, visible a folios 18-23 del expediente, se tiene que el actor devengaba una prima de actividad de 30% del sueldo, hasta junio de 2007, y que a partir de julio de ese mismo año, dicha prima se le aumentó al 45.0%.
- Por medio de petición del 3 de julio de 2015, el señor OCTAVIO RODRÍGUEZ MUÑOZ, solicitó a CREMIL que le reajustara la asignación de

dispuesto en el artículo 151 de este decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal más alto. Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

PARÁGRAFO. Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones en el grado de General y Almirante, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el artículo 151 de este decreto.

¹⁷ Pruebas del demandante

¹⁸ Pruebas del demandado

13-001-33-33-003-2016-00236-01

retiro, teniendo en cuenta la prima de actividad en cuantía de 49.5%, y no del 45% como hasta la fecha lo venía haciendo (fol. 12-16 y 52-56).

- Con acto administrativo contenido en el Oficio No. 60107 del 24 de julio de 2015, la entidad demandada decidió no acceder a lo solicitado. (F. 17 y 57-58)

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

En el asunto bajo estudio se solicita que declare la nulidad del acto acusado contenido en el Oficio CREMIL No. 60107 del 24 de julio de 2015, emanada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL, mediante el cual negó el derecho al reajuste de la asignación de retiro con base en la reliquidación de la prima de actividad.

Conforme con las pruebas arrimadas al plenario, se tiene que el señor OCTAVIO RODRÍGUEZ MUÑOZ, prestó sus servicios a la Armada Nacional de Colombia, como Sargento Mayor, por un tiempo de servicio de **25 años, 7 meses y 6 días**¹⁹.

Que, en virtud de lo anterior, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL, expidió la Resolución No. 0842 del 4 de junio de 1997, mediante la cual le reconoció una asignación de retiro, en la que se le tuvo en cuenta, como partida computable, la prima de actividad en cuantía del 30% del sueldo básico. Lo anterior, teniendo en cuenta que el Decreto 1211 de 1990, por el cual se reforma el estatuto de personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, estableció en su artículo 159, que los Oficiales y Suboficiales que se retiren del servicio activo a partir de la vigencia del mismo, para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, se reconocería un porcentaje del 30% del sueldo, por concepto de prima de actividad, siempre que tuvieran más de 25 años de servicio, pero menos de 30.

Por otra parte, encuentra acreditado este Tribunal que, el demandante, con posterioridad al reconocimiento de la asignación de retiro y por disposición del Decreto 2863 de 2007 (que estableció un incremento del 50% en la prima de actividad), se le liquidó el porcentaje que venía percibiendo por concepto de prima de actividad, aumentándose la misma en un 15%, a partir de julio de 2007. Resalta la Sala, que el incremento ordenado fue liquidado sobre el porcentaje

¹⁹ Folio 25-27 y 28

13-001-33-33-003-2016-00236-01

que venía percibiendo el demandante, es decir, el 30%, por ello el monto de la prima de actividad se incrementó al 45%.

No obstante lo anterior, el demandante en el recurso de alzada, solicita que le sea reconocida la prima de actividad en un porcentaje del 46.5%, sobre la asignación básica, y que por ende, le sea reajustada su asignación de retiro; en ese sentido explica, que la prima que devengan los militares activos es era del 33% y que en virtud del Decreto 2863 de 2007 se le aumentó un 16.5%; por lo tanto, en aplicación del principio de oscilación debe tomarse éste mismo porcentaje para calcular la prima de actividad que compone uno de los factores para liquidar la base de la asignación de retiro. Indica que, según el principio de oscilación, cada vez que el Gobierno Nacional decreta un aumento salarial para oficiales y suboficiales en servicio activo, éste debe hacerse también a quienes detenten el mismo grado pero se encuentran en situación de retiro.

Frente a lo anterior, 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% o 46.5%, como alega ahora en la apelación, en atención a las siguientes consideraciones:

Al accionante se le reconoció la asignación de retiro en virtud del Decreto 1211 de 1990, el cual establecía los porcentajes que se le reconocerían para calcular la prima de actividad tanto a los militares activos (art. 84), como a los retirados (art. 159). En ese sentido, la norma establece que una persona que trabajó 25, 7 meses y 6 días, que es el caso del actor, se le debe aplicar el literal 4, es decir una prima de actividad de 30%; en la Resolución 0842/97 (fl. 50). De acuerdo con lo anterior, el decreto mencionado dispone valores diferentes para la prima de actividad de los militares activos y de los retirados; igualmente, estos últimos disfrutaban de porcentajes diferentes dependiendo del tiempo de servicio prestado a la entidad.

Así las cosas, una vez analizadas las disposiciones del artículo 4 del Decreto 2863 de 2007, la Sala interpreta que el principio de oscilación de que trata la norma hace referencia únicamente al porcentaje de aumento que se le realizaría a la prima de actividad que viene reconocida a los militares en el Decreto 1211 de 1990, tanto para los activos, como para los retirados; es decir, que en virtud del principio de oscilación, la prima de actividad de los militares retirados, se aumentaría en un 50%, tal y como se llevaría a cabo para los militares activos.

13-001-33-33-003-2016-00236-01

Debe destacarse qué, en ningún momento el Decreto 2863 de 2007, derogó las disposiciones contenidas en el artículo 159 del Decreto 1211 de 1990, a efectos de equiparar el monto de la prima de actividad de los militares retirados con el monto que, por esa prestación, recibían los militares activos; dicha norma solamente indicó que a partir del 1 de julio de 2007, el personal retirado de las fuerzas militares se le aumentaría la prima de actividad **en el mismo porcentaje** en que se ajustó al personal activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2, es decir, en un 50%.

Sobre este tema, el H. Consejo de Estado, en sentencia del 30 de noviembre de 2017 expuso²⁰:

Ahora bien, de lo anterior y de la lectura de las normas expuestas en el fundamento normativo de esta providencia, se observa que el Decreto 2863 del 2007 incrementó en un 50% el porcentaje de la prima de actividad para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y el Personal Civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.

De la misma manera, que a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de éstos obtenida antes del 1º de julio del 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 Decreto 2863 del 2007.

Para el caso del Mayor (R) Héctor Guillermo Santos Solano, quien prestó sus servicios por 20 años, 3 meses y 4 días, CASUR le tuvo en cuenta para reconocer la asignación de retiro el 25% de la prima de actividad, porcentaje que al multiplicarlo por el 50% arrojaría un 12.5% y que sumado equivaldría a un total del 37.5%.

De lo anterior, se tiene que CASUR ha venido reconociendo y liquidando al actor a partir del 1º de julio del 2007 la partida computable prima de actividad un 37.5%, según se prueba de los comprobantes de pago²¹. En ese sentido la Caja efectuó el reajuste en la proporción indicada en los artículos 2º y 4º del Decreto 2863 del 2007, de modo tal que antes del mes de julio de 2007 la parte actora tenía una prima de actividad del 25% y a partir de julio de 2007 comenzó a devengar un porcentaje del 37.5%, por lo tanto la entidad no le adeuda suma alguna por dicho concepto.

Para la Sala, cuando el artículo 4º del Decreto 2863 del 2007 señala el derecho de ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, al remitirse al artículo 2º del mismo decreto se refiere en concreto al porcentaje del 50% y

²⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B, CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Bogotá D.C., 30 de noviembre de 2017. Radicado: 250002342000201201126 01

²¹ Folios 75 a 78.



13-001-33-33-003-2016-00236-01

no al resultado de aplicar el 50% al 25% de que trata el artículo 142 del Decreto 2062 de 1984.

Es de resaltar que para el cómputo del aumento referido debe observarse el tiempo de servicio y el porcentaje reconocido al momento de la adquisición del status, por cuanto de acuerdo a éstos es que se ajusta la prima de actividad en un 50%, en tanto la disposición hace referencia al aumento en el valor de una variable, lo cual implica que el ajuste de la prima de actividad del 50% tiene lugar respecto de la proporción reconocida al demandante cuando consolidó su derecho".

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 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% de lo que hasta ese momento se le tenía en cuanta al actor como partida computable por la prima de actividad.

Recuérdese que inicialmente al actor se le reconoció un 30% del sueldo como prima de actividad, luego se le sumó un 50% del mismo, que equivale a un 15%, para un total de 45%; que, según el certificado que obra a folio 21 y ss, la prima de actividad actualmente reconocida es de un 45%; por lo anterior, no se pueden acoger la solicitud del reajuste del 49.5, ni la del 46.5%.

Por todo lo anterior, la Sala confirmará la Sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

5.6. De la condena en costa.

Se condenará en costas a la parte demandante OCTAVIO RODRÍGUEZ MUÑOZ - por habersele resuelto desfavorablemente el recurso de apelación, de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 365 del CGP que establece: *"En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda"*.

Las costas incluidas las agencias en derecho, serán liquidadas de manera concentrada por el juez de primera instancia, atendiendo las reglas señaladas con precedencia.

13-001-33-33-003-2016-00236-01

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por lo expuesto en las consideraciones de la sentencia.

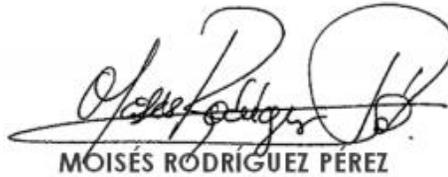
SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte vencida, OCTAVIO RODRÍGUEZ MUÑOZ, conforme a lo establecido en los artículos 188 del CPACA y del 365 - 366 del CGP.

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 34 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN