



156

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja

Tunja cinco (5) de junio de dos mil quince (2015)

Demandante: Jesús Alberto Leal Rojas
Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares
Radicación : 150013333011201400036-00
Medio : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Decide el Despacho en primera instancia sobre el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, instaurado por Jesús Alberto Leal Rojas, contra la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

En ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, el señor Jesús Alberto Leal Rojas, a través de apoderado judicial, solicita que se declare la nulidad del Oficio No. 2013-69059 de 23 de noviembre de 2013, por medio del cual se negó el reajuste, reliquidación y pago de la prima de actividad, “...conforme lo ordenan los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007 y los Decretos 673 de 2008, 737 de 2009, 1530 de 2010, 1050 de 2011, 842 de 2012 y 1017 de 2013, dando aplicación al principio de oscilación conforme al artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, del 35,5 al 49,5% en su Asignación de Retiro...” (f. 2).

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento solicita que se ordene a la Entidad accionada a reajustar, liquidar y pagar la prima de actividad del 30% al 49.5%, como factor computable en la asignación de retiro y que se condene al pago de la diferencia que resulte entre lo cancelado y lo que se debió pagar, como consecuencia del reajuste, desde el 01 de julio de 2007 y hacia el futuro.

Finalmente, pide que se condene a la Entidad demandada a pagar las agencias y costas procesales y que se dé cumplimiento a la sentencia, de conformidad con el artículo 192 y siguientes del CPACA.

2. Hechos

El apoderado de la parte actora refiere que el demandante prestó sus servicios en el Ejército Nacional y que mediante Resolución No. 489 de 18 de marzo de 1993 la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, le reconoció la asignación de retiro en cuantía de sesenta y dos por ciento (62%) del sueldo básico en actividad, incluyendo en la liquidación, las partidas computables señaladas en el Decreto 1211 de 1990, entre ellas la prima de actividad.

Refiere que de acuerdo a lo consignado en la hoja de servicios de fecha 22 de febrero de 1993, estando en servicio activo, el actor devengó una prima de actividad equivalente al veinte por ciento (20%), la cual fue posteriormente reajustada a un treinta por ciento (30%), a partir del 01 de julio de 2007.

Manifiesta que el día 8 de noviembre de 2013 solicitó el reajuste de la asignación de retiro del treinta por ciento (30%) al cuarenta y nueve por ciento (49%) y que a través del acto demandado se negó su petición.

3. Normas Violadas y Concepto de la Violación

Afirma que la Ley 923 de 2004, fijó los objetivos y criterios del régimen pensional y de asignación de retiro de la Fuerza Pública, consagrando en su artículo segundo el respeto de los derechos adquiridos y que en su artículo 3, numeral 3-13, se estableció que el incremento de las asignaciones y de las pensiones será en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado.

Luego de citar los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007 y los artículos 30 de los Decretos 673 de 2008, 737 de 2009, 1530 de 2010, 2050 de 2011, 842 de 2012 y 1017 de 2013, a través de los cuales se han fijado los sueldos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Armadas y de la

Policía Nacional para cada año, refiere que la partida denominada prima de actividad que hace parte de la asignación de retiro, no ha sido reconocida, pese a que el Gobierno Nacional realizó las modificaciones necesarias para que fuera igual tanto para el personal activo como para el retirado, sin necesidad de tener en cuenta el tiempo de servicio para efectos de su reconocimiento.

Explica que a partir del 01 de julio de 2007, se reajustó la reajustó la prima de actividad del veinte por ciento (20%) al treinta por ciento (30%) del sueldo básico *"...lo cual de conformidad con las normas antes descritas no lo fue en la misma proporción de los activos como lo señala el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007, por lo que faltaría un porcentaje del 12.5%..."* (f. 6). Insiste que la partida de la prima de actividad para oficiales y suboficiales retirados con asignación de retiro o pensión antes del 01 de julio de 2007, debe ser reajustada en el mismo porcentaje que se ajustó para el personal en actividad, pues la norma no contempla que se tenga en cuenta el tiempo de servicios para su liquidación.

Aduce que la prescripción afecta las mesadas pero no el reajuste de la asignación y que por tal razón, éste debe realizarse año por año, como base de la liquidación de las mesadas posteriores.

4. Contestación de la demanda

La apoderada judicial de la parte accionada contestó la demanda en los siguientes términos (f. 48 s.):

Manifiesta que son ciertos los hechos relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro, la petición efectuada a la Entidad y su respectiva respuesta.

Como argumentos de defensa, luego de hacer alusión a la naturaleza jurídica de la Entidad, aduce que para el caso en concreto, el accionante accedió a la prestación, encontrándose vigente el Decreto Ley 1211 de 1990, y que en cumplimiento de dicha normatividad, se reconoció la asignación de retiro computando el veinte por ciento (20%) de la prima de actividad, *"...toda vez que el artículo 159 del Decreto Ley 1211 de 1990, establece la forma en que dicha prima debe ser computada, señalando entre otras cosas que los militares que tengan menos de 20 años de servicio les corresponde el 20%, que en este caso, fue el*

porcentaje reconocido al Demandante de acuerdo al tiempo de servicios acreditado...” (f. 49) (Subrayado del texto original).

Indica que con la expedición del Decreto 2863 de 2007 le fue incrementado el porcentaje citado, al treinta por ciento (30%) y que por tal razón, la presente acción carece de fundamento y de objeto, pues se evidencia una mala interpretación o desconocimiento del tema por parte del demandante. Expresa que no le asiste razón a la parte demandante, pues el reconocimiento de la asignación de retiro se efectuó conforme a la normatividad vigente para la época del retiro.

5. Alegatos de conclusión

Corrido el traslado para alegar (f. 146 vto.), la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares guardó silencio. La parte actora presentó alegatos en los siguientes términos (f. 150 s.):

Luego de reiterar los argumentos expuestos en la demanda, afirma que la Entidad accionada, a la fecha de presentación del escrito de alegatos, está reconociendo las asignaciones de retiro, teniendo en cuenta el cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49,5%), por concepto de prima de actividad, sin tener en cuenta los años de servicio. Para el efecto, cita algunas resoluciones dictadas por la accionada frente a varios servidores que gozan de la asignación de retiro y concluye que sobre el tema, el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, en sentencia de 10 de febrero de 2014, se pronunció en un caso de similares contornos, pudiéndose concluir que los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, con asignación de retiro o pensión de invalidez, obtenidas antes del 01 de julio de 2007, tienen derecho al reajuste, en el mismo porcentaje en que se ajustó el del activo correspondiente.

II. CONSIDERACIONES

Surtido del trámite legal del proceso y sin que se observe vicio de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a adoptar la decisión que en derecho corresponda, previo el análisis de los elementos probatorios allegados de la siguiente manera.

1. Problema jurídico

Corresponde al Despacho establecer si el accionante tiene derecho al reajuste de la prima de actividad del 30% al 49,5%, como factor computable en la asignación de retiro, con ocasión al incremento efectuado por el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007, atendiendo al principio de oscilación y a lo establecido en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004.

Para resolver el problema jurídico, el Despacho abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

El Decreto ley 1211 de 1990, *“Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares”* estableció en su artículo 84, la prima de actividad, para personal activo de oficiales y suboficiales en los siguientes términos:

“ARTICULO 84. Prima de actividad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que ser equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.”

Ahora bien, para el personal retirado se previó que la citada prima fuera tenida en cuenta como factor de liquidación de las asignaciones de retiro, pensión y demás prestaciones sociales así:

“ARTÍCULO 158. Liquidación prestaciones. Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así:

- Sueldo básico.
- **Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.**
- Prima de antigüedad.
- Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto.
- Duodécima parte de la prima de Navidad.
- Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.
- Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.
- Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidar conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.
- Bonificación por compensación <Partida adicionada por el artículo 1 de la Ley 420 de 1998.>

161

PARÁGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, ser computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales. (Negrilla fuera de texto).

ARTÍCULO 159. Computo 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 computar 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%).”

Teniendo en cuenta dicho marco normativo, se concluye que la prima de actividad ha sido reconocida desde dos (2) perspectivas, como elemento salarial para los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y como factor salarial para quienes han sido retirados, computándose como partida de liquidación de la llamada asignación de retiro, de acuerdo a una escala porcentual y siempre en función del salario básico percibido al tiempo del retiro, aspectos frente a los cuales se manifestó el Consejo de Estado en providencia de 26 de marzo de 2009, en la que se señaló que la prima de actividad “...se estableció como una **prestación a favor de los miembros activos 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... ”¹.

1 CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Subsección “B”. Consejero ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Sentencia de 26 de marzo de 2009. Rad.: 73001-23-31-000-2006-00964-01(0871-07). Actor: Oscar Gómez Briñez. Demandado: Caja de Retiro De Las Fuerzas Militares.

Según se observa, la prima de actividad, como partida computable de la liquidación de la asignación de retiro del accionante, se reconoció en el porcentaje establecido en el precitado Decreto 1211 de 1990, esto es, en un veinte por ciento (20%) del sueldo básico en actividad, toda vez que para la fecha del retiro el actor contaba con dieciocho (18) años, un (1) mes y diecinueve (19) días de servicio, porcentaje que fue incrementado al treinta por ciento (30%), a partir del mes de julio de 2007, según lo enseña la certificación expedida por Coordinadora del Grupo de Gestión Documental de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (f. 141 s.), aspecto sobre el cual se manifestó en el acto demandado lo siguiente:

“...En ese orden de ideas y como resultado de lo establecido en el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007, le indico que el señor SV (RA) EJC LEAL ROJAS JESUS ALBERTO venía con el 20% más el 50% de este porcentaje que corresponde al 10%, da como resultado un porcentaje en la prima de actividad de 30%, porcentaje este que le viene siendo liquidado pagado dentro de la asignación de retiro, a partir del 01 de julio de 2007 fecha de entrada en vigencia de la norma anteriormente señalada, por lo que no es posible atender favorablemente su petición...” (f. 12 vto.).

Ha de tenerse presente que en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992, el Presidente de la República expidió el Decreto 1515 del 5 de mayo de 2007 *“Por el cual se fijan 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, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial”*, norma ésta que dispuso en su artículo 32:

ARTÍCULO 32. *La prima de actividad de que trata el artículo 38 del Decreto-ley 1214 de 1990, será del treinta y tres por ciento (33%) del sueldo básico mensual.*

Con posterioridad el Decreto 2863 de 2007 *“Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones.”*, en su artículo segundo modificó la precitada norma y en su lugar dispuso:

“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%).”

Según se advierte, a partir de la norma previamente citada, se previó un incremento en el porcentaje de la prima de actividad de los oficiales y suboficiales activos de las fuerzas militares regulados por el Decreto 1211 de 1990, reajuste que atendiendo a lo dispuesto por el artículo 4 del citado Decreto 2863 de 2007, incidió en la asignación de retiro del personal que venía gozando de dicha prestación antes del 1° de julio de 2007. Al respecto señaló el precitado artículo:

“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.”* (Negrilla fuera de texto).

No existe discusión entonces, frente a la existencia o inexistencia del derecho al reajuste de la asignación de retiro, pues es claro que tanto la accionada como la demandante reconocen que es procedente, tanto así que a partir del año 2007 se incrementó al treinta por ciento (30%) la citada prima como factor de liquidación, decisión que controvierte la parte actora, quien considera que se debió reajustar la asignación, incluyendo un porcentaje equivalente al cuarenta y nueve punto cinco (49,5%).

Frente a la aplicación del incremento contenido en las normas previamente citadas en la asignación de retiro del personal retirado, se manifestó el Tribunal en sentencia reciente, en los siguientes términos:

164

“...Conforme a lo expuesto, es importante en este punto recordar que el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 estableció el porcentaje de la prima de actividad para los Oficiales y Suboficiales activos de las Fuerzas Militares en el 33%, y dicho porcentaje fue aumentado en el 50% por disposición expresa del inciso 1° del artículo 2° del Decreto 2863 de 2007, a partir del 1° de julio de 2007.

A juicio de la Sala, debe entenderse que el incremento del porcentaje de la prima de actividad, para efectos del cálculo de la asignación de retiro, corresponde al 16,5% **en todos los casos**, el cual resulta al calcular la mitad del 33% (art. 34 D.L.1211/90), pues es claro que tratándose de este aumento no se previó condicionamiento alguno relacionado con el tiempo de servicios, como si se hizo para las demás prestaciones sociales.

A la anterior conclusión se llega luego de realizar una interpretación lógico-gramatical, teleológica o finalista y constitucional de los artículos 2° y 4° del Decreto 2863 de 2007.

Así, desde un punto de vista literal, la Sala considera que los artículos 2° y 4° del citado Decreto 2863 tienen los siguientes alcances:

- ✓ El primer inciso del artículo 2° contempla un incremento del 50%, a partir del 1° de julio de 2007, en el porcentaje de la prima de actividad para el personal en servicio activo. Con fundamento en dicho incremento, la prima de actividad para este grupo de servidores públicos, se incrementa del 33% al 49,5%.
- ✓ El segundo inciso del artículo 2° prevé un incremento en un 50% de la prima de actividad, según el tiempo de servicio prestado, como partida computable para las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión. En este último caso, el creador de la norma quiso que el incremento de la prima de actividad para el cálculo de la asignación de retiro no estuviere sometida al tiempo de servicio prestado.
- ✓ Precisamente, a fin de regular el impacto de la prima de actividad en la asignación de retiro, el Gobierno, en el artículo 4° ibídem, consideró que el personal retirado tendría 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°, el cual debe entenderse, el previsto en el primer inciso, pues el señalado en el segundo inciso no resulta aplicable por la excusión expresa contenida en dicha norma para tal prestación...” (Negrilla fuera de texto).²

Acorde con la posición sostenida por el *ad quem*, se puede concluir que el tiempo de servicio, dejó de ser determinante a partir de la expedición del

² MAGISTRADO PONENTE. Dr. Fabio Iván Afanador García. Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho. Rad.: 15001333300520130013901

165

Decreto 2863 de 2007 para efectos de establecer el porcentaje de la prima de actividad que se debe tener en cuenta para efectos de reajustar la asignación de retiro de quienes consolidaron el derecho antes del 1º de julio de 2007.

Así mismo, se puede señalar que en todos los casos, el porcentaje de dicho reajuste debe efectuarse atendiendo al porcentaje contenido en el artículo 34 del Decreto 1211 de 1990, que corresponde al treinta y tres por ciento (33%), aspecto que también fue decantado por el Tribunal en el fallo precitado, en los siguientes términos:

“...Para la Sala, la normatividad analizada indica que el porcentaje en el cual debe incrementarse la asignación de retiro, no corresponde al 50% de lo ya reconocido, o como lo sostiene la entidad demandada, de porcentaje que venían devengando a la entrada en vigencia del Decreto, como en efecto lo hizo la entidad demandada, sino el 50% del porcentaje contenido en el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, que corresponde al 33%.

A juicio de la Sala, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares aplicó equivocadamente el contenido normativo del inciso segundo del artículo 2 del Decreto 2863, cuando lo correcto era, para el caso concreto del actor, lo dispuesto en el artículo 4º del mismo Decreto. Como ya se dijo, no es viable proceder al reajuste de la prima de actividad atendiendo el tiempo de servicio, como en la práctica sucedió, sino el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2º. Lo anterior, con fundamento en el principio de oscilación y porque precisamente la norma excluyó ese proceder tratándose del personal con asignación de retiro o pensión.

Por lo expuesto, en el caso que ocupa la atención de la Sala, el demandante tiene derecho a que le sea reconocido un ajuste de la prima de actividad en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, esto es, en un 16,5%, el cual surge de calcular el 50% del 33%...”

La citada posición fue reiterada por el Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia de 21 de abril de 2015, en las que se expuso:

“...Así entonces, y como quiera que el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 establecía que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrían derecho a una prima mensual de actividad equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico; en virtud del principio de oscilación, el reajuste de la prima de actividad reconocida en la asignación de retiro del señor Nazario Alvis Bocanegra, debe hacerse tomando como base el mencionado porcentaje, bajo el cual fue ajustada la citada partida a

166

*quienes se encuentran en servicio activo. En consecuencia, al aplicar el 50% que establece el artículo 2° del Decreto 2863 de 2007, al antedicho 33%, nos arroja el 16.5% porcentaje que al ser sumado con el 25% que se le venía reconociendo concepto de prima de actividad al demandante en su asignación de retiro nos da como resultado el 41.5%, siendo éste porcentaje con el que se debe reajustar dicha partida en la asignación de retiro, a partir del 1° de julio de 2007, y no con el 37,5% como lo ha venido haciendo la entidad demandada, razón por la que se revocará la sentencia de primera instancia en tal sentido... ”.*³

El anterior criterio, resulta concordante con el principio de oscilación contemplado en el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990, cuyo alcance fue decantado por el Consejo de Estado, en sentencia del 21 de junio del 2001 en el cual se decantó que “...en virtud del principio de oscilación pensional, el personal uniformado retirado en goce de la asignación de retiro la devengará **sobre los factores señalados que perciba el personal en “actividad”**; de manera, que si se elevan los factores salariales del personal en actividad, éstos repercutirán en el personal retirado en goce de la prestación periódica... ”. (Negrilla fuera de texto), constituyéndose así dicho instituto como el mecanismo especial adoptado por el régimen de la Fuerza Pública para garantizar el reajuste periódico de sus pensiones y asignaciones de retiro y cuyo referente es la variación de las asignaciones de actividad.

Como se advirtió en líneas anteriores, al actor se le reconoció la asignación de retiro mediante Resolución No. 489 del 18 de marzo de 1993 (f. 19 s.), la cual incluyó el veinte por ciento (20%) de la prima de actividad, por cuanto para la fecha de retiro contaba con dieciocho (18) años, un (1) mes y diecinueve (19) días de servicio, porcentaje que fue incrementado al treinta por ciento (30%), a partir del 1° de julio de 2007, con lo cual se desconoció el Decreto 2863 de 2007, pues según se decantó en precedencia, debió reajustarse la asignación, atendiendo el incremento que se previó para la prima de actividad del personal activo.

Así entonces, atendiendo a las disposiciones legales y al criterio explicado por los precedentes del Tribunal Administrativo de Boyacá, es claro para el Despacho que para efectuar el reajuste, debió tenerse en cuenta el porcentaje indicado en el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, esto es, el

³ MAGISTRADO PONENTE. Dr. Félix Alberto Rodríguez Riveros. Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho. Rad.: 150013333003201300120-01.

167

treinta y tres por ciento (33%) y sobre dicho porcentaje, efectuar el incremento contenido en la nueva norma, es decir, el cincuenta por ciento (50%).

En ese orden de ideas, el incremento de la prima debió ser del dieciséis punto cinco por ciento (16,5%), porcentaje que debió sumarse al inicialmente reconocido, de manera que la asignación de retiro del actor, luego del Decreto 2863 debió incluir el treinta y seis punto cinco por ciento (36,5%) de la prima de actividad y no el treinta por ciento (30%), como lo efectuó la Entidad.

Así entonces, es procedente declarar la nulidad del acto demandado y en consecuencia, ordenar el reconocimiento y pago de las diferencias surgidas entre el porcentaje pagado (30%) y el que debió pagarse (36,5%), desde el 1º de julio de 2007.

2. Prescripción

Por otra parte, el Despacho observa que operó la prescripción cuatrienal respecto de algunas de las pretensiones que se analizan y le corresponde pronunciarse sobre el tema en los términos del artículo 164 del C.C.A. El primer aspecto a dilucidar consiste en determinar si el término de prescripción que se debe aplicar es de 4 años o de 3 años, controversia que fue resuelta por el Consejo de Estado en la sentencia antes citada, así:

“El A quo aplicó la prescripción trienal con fundamento en el artículo 43 de Decreto 4433 de 2004, no obstante, en un asunto similar esta Corporación en sentencia de 4 de septiembre de 2008, Actor: Carlos Humberto Ronderos Izquierdo Exp. N° 0628-08, con ponencia del Consejero Gustavo Gómez Aranguren estableció lo siguiente:

‘...De la lectura atenta de la Ley 923 de 2004, se tiene que si bien es cierto por medio de ésta, se señalaron las normas, objetivos y criterios que debería observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política, también lo es que en ningún aparte de la misma se desarrolló el tema de la prescripción, aparentemente reglamentado por el Decreto 4433 de 2004, en mención.

163

De conformidad con el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política actual, el Presidente de la República, tiene asignada la potestad reglamentaria exclusiva, que lo faculta para reglamentar las leyes, con sujeción a la Constitución y al contenido mismo de la ley que se va a reglamentar. Ese poder de reglamentación se reconoce en orden a desarrollar la ley para su correcta aplicación, cumplida ejecución y desenvolvimiento, facilitando su inteligencia, debiendo para ello obrar dentro de los límites de su competencia, sin sobrepasar, ni limitar, ni modificar los parámetros establecidos en aquella, pues lo contrario, implicaría extralimitación de funciones y se constituiría en una invasión al campo propio del Legislador.

*De modo que el Presidente de la República, al encontrarse ante una ley, puede dictar normas también generales como la ley, respetando esta última, pero que concreten más su contenido, con el fin de facilitar o hacer posible su aplicación práctica; normas que reciben el nombre de **Decretos Reglamentarios**.*

Respecto del poder reglamentario esta Corporación en anteriores oportunidades ha sostenido ⁴¹¹ que: "... si bien el poder reglamentario está implícito en la necesidad y obligación del Gobierno de hacer cumplir las leyes, como antes se anotó, su legitimidad deriva siempre de la ley reglamentada en donde encuentra sus límites naturales sin que pueda el Presidente de la República pretender sustituir la Ley, para buscar una aplicación conveniente a través de reglamento. En manera alguna la Constitución le otorga al Presidente de la República la función de "arreglar la ley" para modificar, limitar o extender su contenido a situaciones no previstas en ella o para hacerle producir efectos distintos a los en ella señalados; pues la atribución de dictar la Ley, o de modificar la preexistente, es labor legislativa que en tiempo de paz sólo compete al Congreso de la República como órgano legislativo, según lo indica la Constitución Política en su artículo 150..."

"Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que mal podía el Tribunal dar aplicación a la modificación de la prescripción establecida en el Decreto 4433 de 2004, cuando el Presidente de la República, so pretexto de reglamentar una ley, excedió los términos de la misma, es decir cuando la legitimidad del Decreto se derivaba de la ley que reglamentaba, razón por la cual es claro que debe seguir dándosele aplicación al Decreto Ley 1212 del 8 de junio de 1990, mediante el cual el Presidente de la República de Colombia en uso de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 66 de 1989, reforma el estatuto del personal y suboficiales de la Policía Nacional"⁵.

Teniendo en cuenta la posición del Órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es claro que para este caso, el término de prescripción es el cuatrienal, pues se hace referencia a una prestación que

⁵ Consejo de Estado, sentencia de 11 de marzo de 2010, Referencia: Expediente No. 0469-2009, Radicación: 250002325000200800328 01, Actor: MANUEL RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

se originó en el Decreto 1211 de 1990, posición que además fue sostenida por el *ad quem*, que sobre el tema señaló que teniendo en cuenta el carácter restrictivo que implica el fenómeno, en el ejercicio del derecho sustancial, “...cualquier modificación a la prescripción, por tocar con el ejercicio del mismo de derechos fundamentales (la pensión y la acción judicial), es de reserva estrictamente legal, no pudiendo el Gobierno Nacional alegar ni oponer su facultad reglamentaria...”, por lo que es procedente inaplicar la reducción del término prescriptivo, “...por su contradicción a la norma superior...”, siendo procedente aplicar “...la prescripción cuatrienal de que trata el Decreto 1211 de 1990...”.

En el *sub lite*, la reclamación se efectuó el 08 de noviembre de 2013, fecha desde la cual se interrumpió la prescripción, de manera que aunque la asignación de retiro debe reajustarse desde el 1º de julio de 2007, solo hay lugar a reconocer las diferencias causadas a partir del 8 de noviembre de 2009, atendiendo a la prescripción cuatrienal. Lo anterior como quiera que aunque el derecho es imprescriptible las mesadas pensionales si prescriben⁶.

3. De las costas y agencias en derecho

De conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 que establece que en todos los procesos, a excepción de las acciones públicas, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte vencida, tal como lo ordena el artículo 365, las que serán liquidadas de conformidad con el artículo 366 de dicho código.

Respecto de las agencias en derecho, las mismas se establecen teniendo en cuenta la tarifa prevista en el artículo sexto del Acuerdo 1887 de 2003, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por lo que se fijará el uno por ciento (1%) del valor de las pretensiones negadas en la sentencia.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 16 de abril de 2009, Exp. No. 250002324000200709328 01 (1621-08), Actor: Jose Orlando Hincapié Ocampo

170

FALLA:

PRIMERO: DECLARASE la nulidad del oficio 2013-69059 de 23 de noviembre de 2013 proferido por la Subdirectora de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENASE** a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares a reajustar la asignación de retiro del señor Jesús Alberto Leal Rojas, teniendo en cuenta el treinta y seis punto cinco por ciento (36,5%) de la prima de actividad, a partir del 1º de julio de 2007.

TERCERO: CONDENASE a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a pagar al señor Jesús Alberto Leal Rojas, la diferencia originada en el reajuste del prima de actividad como factor computable de su asignación de retiro, a partir del 8 de noviembre de 2009.

Las sumas que resulten en favor de la accionante, se ajustarán en su valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

CUARTO: DECLARASE probada la excepción oficiosa de **Prescripción**, respecto de las sumas causadas con anterioridad al 8 de noviembre de 2009.

171

CUARTO: DECLARASE probada la excepción oficiosa de **Prescripción**, respecto de las sumas causadas con anterioridad al 8 de noviembre de 2009.

QUINTO: Condénese en costas a la parte demandada de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011. Líquidense por Secretaría y sígase el trámite que corresponda.

SEXTO: En los términos del numeral 3.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, y para efectos cumplir lo ordenado en el numeral anterior fijese como agencias en derecho la suma del uno por ciento (1%) del valor de la condena.

SÉPTIMO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI y verificado su cumplimiento (Art. 298 CPACA), Archívese el expediente dejando las constancias respectivas.

OCTAVO: NOTIFÍQUESE por Secretaría del contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del CPACA a las partes y al Ministerio Público.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


PATRICIA SALAMANCA GALLO
Juez