



folios- 20-27  
C. 2  
SIGCMA  
0059/2018

Cartagena de Indias D.T y C., veintidós (22) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-012-2015-00439-01
Demandante	BEATRIZ SUSANA ARIAS MAESTRE
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Reajuste asignación de retiro variando el porcentaje de la prima de actividad – improcedencia

### I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 29 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual no se accedió a las pretensiones de la demanda.

### II.- ANTECEDENTES

#### 2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por BEATRIZ SUSANA ARIAS MAESTRE, por conducto de apoderada judicial.

#### 2.2.- Demandado

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

#### 2.1. La demanda<sup>1</sup>.

A través de apoderada judicial constituido para el efecto, BEATRIZ SUSANA ARIAS MAESTRE, 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,

<sup>1</sup> Folios 1-6





## 2.2. Pretensiones

"1. La Nulidad de la decisión tomada mediante el Oficio No. 211, Certificado cremil No. 25793 Consecutivo 2015-21438 de fecha 9 de abril de 2015, emanada de la Caja de retiro de las Fuerzas Militares, por medio del cual se niega el derecho al incremento de la Prima de Actividad, la consecuente Reliquidación y el correspondiente Reajuste de pensión de beneficiaria solicitada por la señorita BEATRIZ SUSANA ARIAS MAESTRE.

2. Que como consecuencia de la petición anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene el Reajuste de la Pensión beneficiaria de la señorita BEATRIZ SUSANA ARIAS MAESTRE, incrementado el porcentaje de la PRIMA DE ACTIVIDAD al 41.5% sobre su Asignación Básica, de acuerdo con lo establecido en el decreto 2863 de 2007.

3. Que se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, a cancelar con retroactividad todos estos valores adeudados en forma indexada, y se ordene a la demandada dar cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

(...)"

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

## 2.3 Hechos

Señala la accionante que, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció Pensión de Beneficiaria a la señorita BEATRIZ SUSANA ARIAS MAESTRE, identificada con la C.C. N° 1.143.343.797.

Destaca que, la Caja de Retiro no aplicó debidamente la modificación establecida para la PRIMA DE ACTIVIDAD en el Decreto 2863, en sus artículos 2° y 4°; consistente en incrementar en un 50% el porcentaje de la mencionada prima, a partir del 1° de julio de 2007.

Explica que, con la expedición del acto administrativo aquí demandado, la entidad falsea el contenido del Decreto 2863, cuando afirma que: *la prima de actividad fue reconocida en los términos establecidos en la ley vigente al momento del retiro...*"; que el señor SJ (RA) ARC ARIAS GALLEGO OCTAVIO, venía con el 25% más el 50% de este porcentaje que corresponde al 12,5%, dando como resultado de su porcentaje en la prima de actividad el 37.5%.





## 2.4. Normas violadas y concepto de la violación

- Constitución Política artículos 2, 6, 83 y 87.
- Decretos 2863 de 2007; artículos 2 y 4.

### 2.4.1 Concepto de la violación

En síntesis señala la demandante que, se desconoce el artículo 2º, 6º, 83 y 87 de la Constitución Política de Colombia, por cuanto no se le protegió el derecho a recibir un aumento en la prima de actividad de conformidad con lo estipulado en el Decreto 2863 de julio de 2007; por cuanto estaba obligada a establecer un aumento de 16,5% y solo se concedió el 12.5%.

Que la Entidad, no actuó de buena fe al establecer un aumento que no correspondía al mandato de una norma, como lo es el Decreto 2863 de 2007.

Concluye que, es fácil probar que la entidad aplicó indebidamente la norma, puesto que el aumento que debió establecer para la prima de actividad era del 16,5% y no del 12,5%, como se efectuó.

## 2.5 Contestación

### LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL <sup>2</sup>

La demandada se opone a la totalidad de las pretensiones.

- **Acerca de los hechos**

Respecto de los hechos, se opone igualmente a ellos por carecer la accionante de legitimación en la causa por activa.

- **Razones de la Defensa**

### Excepciones

Como excepción propuso la demandada la siguiente:

---

<sup>2</sup> Folios 34-40



### **Terminación del Poder.**

Dado que, con la muerte del señor ARIAS GALLEGU OCTAVIO, finalizó el mandato otorgado a la señora BEATRIZ ARIAS en su representación; además que, la asignación reconocida al difunto, fue sustituida a la señora EUCARIS OLARTE GÓMEZ, y al menor SANTIAGO ARIAS OLARTE, hasta que cumpla la edad de 25 años, lo cual ocurrirá el 29 de septiembre de 2019; en calidad de beneficiarios.

### **Legalidad de las actuaciones de la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares.**

Afirmando que, la Caja, es un establecimiento público del orden nacional, encargado de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensiones de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho.

Establece que, al Suboficial Jefe (RA) ARIAS GALLEGU OCTAVIO, q.e.p.d.; se le reconoció asignación de retiro con Resolución N° 3111 del 8 de octubre de 1999; en el tope máximo; esto es, el 25%; por encontrarse bajo la vigencia del Decreto 1211 de 1990; de allí que fuera retirado de la actividad militar, el 30 de ese mismo mes y año.

Refiere que, teniendo como fundamento lo establecido en el Decreto 2863 de 2007, se incrementó la prima reconocida de un 25%, al 50% de dicho reconocimiento que para el caso anterior, es del 12.5%; dando un total de 37.5%.

Concluye que, el principio de oscilación no implica que se modifique el porcentaje de la prima de actividad, sino que, el porcentaje ya reconocido se aplique al valor de dicha prima según lo que estuviera devengando el personal en servicio activo.

### **No violación del Derecho a la Igualdad.**

Indicando que, el principio de igualdad se predica solo entre iguales; de allí que fue el legislador el que estatuyó la escala gradual y porcentual, y los parámetros para el pago y reconocimiento de las asignaciones de retiro; por tanto, no puede un militar equipararse a otro, cuya asignación de retiro es posterior y está sometido a otro régimen; de allí que cada caso se resuelva de acuerdo al régimen vigente al momento de su declaración.





**Precedente Judicial sobre prima de Actividad.**

Manifiesta que, se debe tener en cuenta el precedente jurisprudencial dada la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011; además del pronunciamiento de la Corte Constitucional que indica la obligatoriedad de aplicar el precedente.

**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 IMPUGNADA<sup>3</sup>**

Por medio de providencia del 29 de noviembre de 2016, la Juez Doce 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, en Sentencia Oral que la demandada interpretó y aplicó en debida forma el incremento previsto en el ya mencionado artículo 2º del Decreto 2863 de 2007, toda vez que para tales efectos tuvo en cuenta el porcentaje que venía percibiendo la parte actora, conforme a la normatividad vigente al momento en que se consolidó el derecho a la asignación de retiro.

Finaliza estipulando que, la demandante no tiene derecho a que se le reconozca la prima de actividad en un 41.5%, por no acreditar que el

<sup>3</sup> Folios 105-109



causante completó más de 25 años en servicio activo, y consecuentemente, tampoco tiene derecho a la reliquidación de su pensión de beneficiario por este concepto. Por lo anterior, denegó las súplicas de la demanda.

#### **IV.- RECURSO DE APELACIÓN<sup>4</sup>**

Por medio de escrito del 14 de diciembre de 2016, la parte demandante presenta apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando que sea revocada la misma, aduciendo que no está solicitando arbitrariamente que se aplique en forma retroactiva un decreto solo por considerarlo conveniente por derecho de igual, que si bien, es cierto, como algunos de los que han demandado han obtenido fallos acorde a lo ordenado en el Decreto 2863 de 2007, podría decirse que por igualdad – retirados antes de julio 2007-, se les debe reconocer el 16.5% de aumento en el porcentaje que ya se tuviera.

Indica precedentes de distintos tribunales del país.

#### **V.- TRÁMITE PROCESAL**

Por auto calendado 13 de febrero de 2017<sup>5</sup> se concedió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante; con providencia del 10 de agosto de 2017<sup>6</sup>, se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 18 de diciembre de 2017<sup>7</sup>, 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.

<sup>4</sup> Folio 110-113 c. 1

<sup>5</sup> Folio 114 c. 1

<sup>6</sup> Folio 5 C. 2ª instancia

<sup>7</sup> Fol. 8 C. 2ª instancia





### **6.2. Alegatos de la parte demandada<sup>8</sup>:**

La parte demandada, volvió sobre lo que fue la argumentación expuesta en la contestación de la demanda, por lo que requieren que teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial existente se confirme la providencia recurrida.

### **6.3. Ministerio Público<sup>9</sup>**

Con escrito del 21 de marzo de 2018, el Procurador 130 delegado ante este Tribunal, rindió concepto en el asunto de la referencia.

Ahora bien, advierte esta Corporación que dicho concepto fue aportado de manera extemporánea al proceso, atendiendo a que el término para el mismo corrió del 25 de enero al 7 de febrero 2018, puesto que la notificación del auto de alegatos, se realizó a las partes el 19 de diciembre de 2017<sup>10</sup>.

## **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, previas las siguientes

### **7.2. Competencia.**

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

### **7.3 Acto administrativo demandado.**

En el presente asunto, el acto acusado es el Oficio No. 211 CREMIL 25793 consecutivo 2015-21438 de 9 de abril de 2015, por medio del cual CREMIL niega el incremento de la prima de actividad, la consecuente reliquidación y reajuste de la pensión de beneficiaria, solicitada por la demandante.

<sup>8</sup> Folios 11-14 C. 2ª instancia

<sup>9</sup> Folio 15-18 c. 2

<sup>10</sup> Folio 9 -10 c. 2





#### 7.4 Problema jurídico.

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

El problema jurídico se planteará, así:

¿Es procedente reliquidar y reajuste la asignación de retiro/pensión de sobreviviente de la demandante con la incorporación de los porcentajes incrementados a la partida computable PRIMA DE ACTIVIDAD, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2863 de 2007?

#### 7.5. Tesis

La Sala de Decisión Confirmará la sentencia de primera instancia, en razón a que la 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 venía siendo percibido por el Suboficial fallecido Arias Gallego Octavio; porque la liquidación de la prima de actividad se realizó conforme a la Ley, en un 37.5%.

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.

El Decreto 1211 de 1990, *Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares*, en su artículo 159 dispuso:

**"ARTÍCULO 159. CÓMPUTO PRIMA DE ACTIVIDAD.** A los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para





efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computará de la siguiente forma:

- Para individuos con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%).
- Para individuos con quince (15) o más de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%).
- **Para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%).**
- Para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).
- Para individuos con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%)."(Negrillas y subrayas de la Sala)

Por su parte, el Decreto 4433 de 2004, por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, preceptúa:

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

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

**13.1.2 Prima de actividad.**

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

Artículo 14. Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados con dieciocho (18) o más años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la





*Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, así:*

*14.1 Sesenta y dos por ciento (62%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los dieciocho (18) primeros años de servicio.*

*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.*

*Parágrafo 2°. Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) años o más de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación."*

De lo anterior, se colige que el Decreto 4433 de 2004 contempla porcentajes mayores referentes a la prima de actividad que debe computarse en la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública en comparación con el Decreto 1211 de 1990.

Por otro lado, el artículo 42 del citado decreto consagra el llamado principio de oscilación, según el cual, las asignaciones de retiro contempladas en él se incrementarían en igual porcentaje en que se aumenten las asignaciones para los miembros que se encuentran en actividad.

*"Artículo 42. Oscilación de la asignación de retiro y de la pensión. Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.*





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

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

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

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

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

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

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

Haciendo una interpretación armónica de los artículos en cita, se concluye que, en virtud del principio de oscilación, el aumento dispuesto en el porcentaje de la prima de actividad del personal activo de los miembros de las Fuerzas Militares, también se les aplica al personal retirado que a la fecha de entrada en vigencia del mismo, esto es, 1º de julio de 2007, ya vinieran disfrutando de asignación de retiro, modificando así lo señalado en el Decreto 4433 de 2004 al respecto.





## **7.7. Caso concreto**

### **7.7.1. Hechos probados**

Del expediente administrativo laboral allegado con la contestación de la demanda y de las demás pruebas allegadas al proceso, se tienen como hechos probados los siguientes:

- El Suboficial Jefe (RA) OCTAVIO ARIAS GALLEGO contó con un tiempo de servicio de 20 años, 6 meses y 26 días, vinculado a las Fuerza Militares (f. 50).
- Mediante Resolución No. 3111 del 8 de octubre de 1999, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció al señor OCTAVIO ARIAS GALLEGO asignación de retiro, para lo cual se tuvo en cuenta como partida computable la prima de actividad en un 25%. (f. 54-55)
- Que al demandante se le reconoció como prima de actividad un porcentaje correspondiente al 37.5%, tal como consta en la Resolución N° 1346 de mayo 21 de 2009 (f. 57-59)
- Que de conformidad con el contenido del acto administrativo acusado Oficio No. 211, Certificado Cremil No. 25793 Consecutivo 2015-21438 de fecha 9 de abril de 2015, el reconocimiento del 12.5% que dio como resultado un porcentaje en la prima de actividad del 37.5% de la asignación de retiro de la demandante, se efectuó a partir del 27 de julio de 2007 fecha de entrada en vigencia del Decreto 2863 de 2007. (F. 16)

### **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 el señor ARIAS GALLEGO, fue retirado con el 25% de la prima actividad de conformidad con el artículo 152 del Decreto 089 de 1984, vigente al momento de su retiro que fue el 31 de octubre de 1999, con 20 años 6 meses y 26 días de servicio activo. La norma antes mencionada, le asigna un porcentaje del 25% a los suboficiales que tengan más de 20 años de servicios y menos de 25.





El Decreto 4433 de 2004, en su Art. 13 se refiere a los factores computables para liquidar la asignación de retiro y en el Art. 14 se refiere a la asignación de retiro y los requisitos para acceder a ella.

Debe destacarse que la lectura de dichas disposiciones no permite concluir que establezca reajustes al personal activo que deban ser aplicados por vía de oscilación al personal retirado. Simplemente señalan la forma en que deben ser tenidos en cuenta para el cómputo de la asignación de retiro, sin que establezcan incrementos para el personal en servicio activo.

Es importante agregar que estas disposiciones aplican al momento en que se reconoce la asignación de retiro, es decir, se tienen en cuenta cuando se reconoce el derecho, sin que proceda su aplicación en forma *retroactiva* a quienes ya lo tienen reconocido en vigencia de disposiciones anteriores. 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, que el causante con posterioridad al reconocimiento de la asignación de retiro y por disposición del Decreto 2863 de 2007 el cual estableció un incremento del 50% en la prima de actividad, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, liquidó el porcentaje que venía percibiendo el demandante por concepto de prima de actividad, aumentándose la misma en un 12.5%, resaltando la Sala, que el incremento ordenado fue liquidado sobre el porcentaje que venía percibiendo el 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, la demandante en el recurso de alzada, solicita que se le aplique el Decreto 2863 de 2007 art. 4º y que 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; estimándose, que no le asiste el derecho reclamado, 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 diciembre de 2004; a tal conclusión llega la Sala, pues el artículo 2° 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 anteriores<sup>11</sup>, 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 2° y 4°, 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 1° 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 padre de la demandante, le haya sido reconocido el porcentaje que la apelante manifiesta en la demanda y en su impugnación que debe ser aplicado,

<sup>11</sup> Decreto 4433 de 2004, Artículo 2°. Garantía de los derechos adquiridos. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y Soldados de las Fuerzas Militares, o sus beneficiarios, **que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a una asignación de retiro** o a una pensión de invalidez, o a su sustitución, o a una pensión de sobrevivencia, **conservarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos, conforme a normas anteriores.** (Negrillas de la Sala).





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.

Por todo lo anterior, la Sala confirmará la Sentencia de primera instancia de fecha veintinueve (29) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Doce 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 la demandante no tiene derecho a que se le reliquide y reajuste su asignación de retiro, en calidad de beneficiaria, 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 los beneficiarios del difunto ARIAS GALLEGO, 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 suboficial retirado, 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 29 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en las consideraciones de la sentencia.

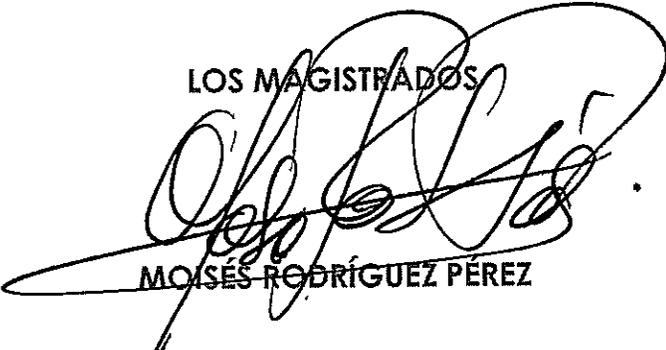
**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** a la parte vencida, conforme a lo establecido en los artículos 188 del CPACA y del 365 -366 del CGP.

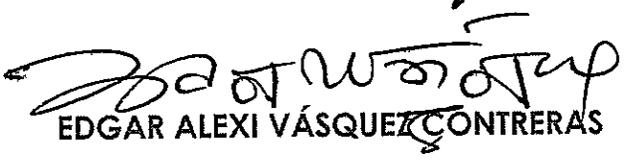
**TERCERO: DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de rigen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 058 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

  
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

  
EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE  
(En uso de Permiso)