

Cartagena de Indias D.T y C., veintitrés (23) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-011-2015-00395-01
Demandante	JAIRO ESPITIA SUÁREZ
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 12 de diciembre de 2016, proferida por el Juzgado Primero 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 JAIRO ESPITIA SUÁREZ, 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 demanda¹.

A través de apoderada judicial constituido para el efecto, JAIRO ESPITIA SUÁREZ, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

¹ Folios 2-7

2.2. Pretensiones

“1. La Nulidad de la decisión tomada mediante el Oficio No. 211, Certificado cremil No. 59800 Consecutivo 2015-51852 de fecha 28 de julio 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 la Asignación de Retiro solicitadas por el señor Suboficial Jefe Técnico (r) JAIRO ESPITIA SUÁREZ.

2. Que como consecuencia de la petición anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene el Reajuste de la Asignación de Retiro del señor Suboficial Jefe Técnico (r) JAIRO ESPITIA SUÁREZ, incrementado el porcentaje de la PRIMA DE ACTIVIDAD al 46.5% 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 artículo 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 el accionante que, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció Asignación de retiro al señor Suboficial Jefe Técnico (r) JAIRO ESPITIA SUÁREZ.

Destaca el actor 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 para el personal de suboficiales de las Fuerzas Militares que se encuentran en actividad.

Explica que, la demandada mediante el acto administrativo oficio No. 211 Cremil 59800 consecutivo 2015-51852 de 28 de julio de 2015, dio respuesta al derecho de petición, negando lo solicitado con el argumento que la Prima de Actividad se le reconoció en la forma y términos establecidos en la ley vigente al momento del retiro, teniendo en cuenta el tiempo de servicio prestado en las Fuerzas Militares.

2.4. Normas violadas y concepto de la violación

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

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 al demandante 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 15%.

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.

Que el artículo 2º *ibídem*, aumenta en un 50% 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.

Finalmente, trae a colación el artículo 4º del Decreto 2863, que señala que 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 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. Concluyendo 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 15%, como se efectuó.

2.5 Contestación

LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL ²

La demandada se opone a la totalidad de las pretensiones.

² Folios 34-40

- **Acerca de los hechos**

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.

- **Excepciones**

Como excepción propuso la demandada la siguiente:

No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la caja de retiro de las fuerzas militares.

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

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

- **Razones de la Defensa**

Legalidad de las Actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

Alega la entidad demandada que, con la expedición del Decreto 2863 de julio de 2007 que dispuso el incremento de la partida de prima de actividad en el 50% del porcentaje que venía siendo liquidada, efectuando el reajuste en la proporción indicada en la norma; toda vez que antes del mes de julio de 2007, el actor tenía una prima de actividad del 30% y a partir del mes de julio de 2007, devenga un porcentaje de prima de actividad del 45%

Indica que el accionante adquirió el status de militar retirado al desvincularse de la Armada Nacional a partir del año 1987, y acreditó un tiempo de servicio de 26 años, 1 mes y 6 días. En cumplimiento a la norma anterior y previa verificación de las formalidades legales, la CAJA DE RETIRO DE LAS

FUERZAS MILITARES, reconoció asignación de retiro al demandante, mediante Resolución No. 0174 de 1987.

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 % de la prima de actividad, a la cual esta entidad dio respuesta a través de oficio, no accediendo a lo solicitado, por cuanto su prestación quedó consolidada bajo el imperio de la normatividad vigente, constituyéndose en un derecho adquirido, no siendo aplicables modificaciones en aplicación a normas posteriores, salvo que el legislador expresamente disponga lo contrario. Se tiene entonces, que no le asiste razón al demandante al solicitar el incremento de Prima de Actividad, por cuanto el reconocimiento de su asignación de retiro se efectuó conforme a la normatividad vigente para la época de su retiro, incluyendo dentro de su liquidación las partidas computables de acuerdo a la ley.

Aclarando que las partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro, no implican o tienen relación con el reajuste o nivelación de la asignación, la cual opera a través del principio de oscilación, el cual como se indicó anteriormente se desarrolla a partir del sueldo básico de actividad y el incremento que a este le realice el gobierno nacional a través de decretos ejecutivos.

III. – SENTENCIA IMPUGNADA³

Por medio de providencia del 12 de diciembre de 2016, la Juez Primero Administrativo del circuito de esta ciudad dirimió la controversia sometida a su conocimiento, y decidió denegar las pretensiones de la demanda.

La Juez *A quo* expuso, 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.

La posibilidad de aplicar un porcentaje diferente, en particular el 33% invocado por el demandante, se debe descartar, pues tal porcentaje se consagró para el personal en actividad, sin que sea dable aplicarlo para el personal en retiro.

³ Folios 92-101

IV.- RECURSO DE APELACIÓN⁴

Por medio de escrito del 15 de diciembre de 2016, la parte demandante presenta apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando que sea revocada la misma, aduciendo que las consideraciones del A quo, se apartan del Decreto 2863 de 2007, al contrariar el principio de inescindibilidad de la norma y agregar una referencia que no se encuentra en ella.

Que el A quo, reconoce el incremento de la prima de actividad en un 50%, pero no continua analizando la norma en su integridad para llegar a la conclusión de que el incremento ordenado para los activos es del 50% de lo que establecen los artículos 84 del Decreto Ley 1211 de 1990 y 68 del Decreto Ley 1212 de 1990.

En cuanto al incremento de los retirados, advierte el apelante que la norma dice *“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”*

Continua señalando que el porcentaje en que se ajustó el del activo, fue del 50% del 33% que señala el artículo 68 del Decreto 1212 y, que de acuerdo con el artículo 4º del Decreto 2863, el derecho de los retirados corresponde al mismo incremento que se efectuó para los activos, es decir, 50% de 33%, no entendiéndose el motivo por el cual se les va a asignar un valor diferente.

Que en ninguna parte de la norma figura que el incremento para los retirados, establecido en el Decreto 2863 es el 50% de la partida tomada para integrar la base liquidatoria de la asignación de retiro, como equivocadamente se dispone en el fallo apelado.

Que el propio artículo 4º, invoca el principio de oscilación para referirse al incremento para los retirados y; que no se cumple con dicho principio si la prima de actividad de los retirados se incrementa en un monto inferior al de los activos, el cual dispone que *“las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementaran 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”*

⁴ Folio 85-88 c. 1

En esa medida, concluye que para que se cumpla el principio de oscilación invocado en el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, el monto del incremento de la prima de actividad para los retirados debe ser el mismo que el monto del incremento para los activos y como para ellos el incremento fue del 16,5%, en dicho porcentaje se debe aumentar la prima para los retirados si se pretende cumplir con el principio de oscilación, pues cualquier valor diferente que se quiera aplicar, violaría dicho principio.

Señala que si existen dos interpretaciones diferentes de la norma, por principio universal de favorabilidad laboral, se debe aplicar la que sea más conveniente para el trabajador, motivo por el cual se debe aplicar el incremento del 16,5% en la prima de actividad de los retirados. Del mismo modo, solicita la aplicación del principio *in dubio pro operario*, la cual consiste en optar por la interpretación más protectora a los intereses del trabajador de la norma jurídica que rige la situación.

Que el A quo se ha apartado del precedente horizontal, respecto a lo solicitado en la demanda, toda vez que, en sentencias de fechas: 23 de enero de 2014 proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección segunda – Subsección D; sentencia de 29 de octubre de 2015 expedida por el Tribunal Administrativo de Boyacá -Sala de Decisión No. 5; etc.se ordena reconocer al demandante el incremento de la prima de actividad, como factor salarial, de acuerdo a lo establecido en el Decreto 1211, esto es 16,5%.

V.- TRÁMITE PROCESAL

Por auto calendado 31 de enero de 2017⁵ se concedió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante; con providencia del 10 de marzo de 2017⁶, se dispuso la admisión de la impugnación en este Tribunal; y, con providencia del 24 de julio de 2017⁷, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Alegatos de la parte demandante

⁵ Folio 90

⁶ Folio 5 C. 2ª instancia

⁷ Fol. 8 C. 2ª instancia

La parte demandante no alegó de conclusión.

6.2. Alegatos de la parte demandada⁸:

La parte demandada, solicita se aplique el precedente que niega las pretensiones de la demanda y se confirme el fallo de primera instancia.

6.3. Ministerio Público

Con escrito del 21 de septiembre de 2017, 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 10 al 24 de agosto de 2017, puesto que la notificación del auto de alegatos, se realizó a las partes el 25 de julio de 2017⁹.

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 59800 consecutivo 2015-51852 de 28 de julio de 2015, por medio del cual CREMIL niega el incremento de la prima de actividad en un porcentaje superior al

⁸ Folios 15-18 C. 2ª instancia

⁹ Folio 9 -10 c. 2

50% del porcentaje que venía devengado a la entrada en vigencia del Decreto 2863 de 2007.

7.4 Problema jurídico.

La parte recurrente sostiene que la asignación de retiro de la que es titular el demandante, 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 y el principio de favorabilidad.

El problema jurídico se planteará, así:

¿Es procedente reliquidar y reajuste la asignación de retiro del demandante con la incorporación de los porcentajes incrementados a la partida computable PRIMA DE ACTIVIDAD, 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 el demandante no tiene derecho a que se le reliquide y reajuste su asignación de retiro con la incorporación de los porcentajes incrementados a la partida computable Prima de Actividad en un 46.5%, toda vez que, el reajuste sobre la prima de actividad ordenado en el Decreto 2863 de 2007, ya viene siendo percibido por el accionante, tal como lo señala el decreto en mención, es decir, que no hay lugar a aplicar las disposiciones que indican como liquidar la asignación de retiro en el Decreto 4433 de 2004 al accionante, pues se refieren a quienes adquieren derecho a su reconocimiento estando en servicio activo durante su vigencia, no siendo aplicable al retirado en virtud del principio de oscilación.

La Tesis planteada se soporta en los argumentos que a continuación se exponen.

7.6. Marco normativo y Jurisprudencial

La prima de actividad de que trata el *sub examine*, inicialmente fue concebida como una prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares, para después convertirse en un factor de liquidación de las

asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo.

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

incrementaran 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 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.

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 Jefe Técnico (RA) JAIRO ESPITIA SUÁREZ contó con un tiempo de servicio de 26 años, 1 mes y 6 días, vinculado la Armada Nacional (f. 9).
- Mediante Resolución No. 01498 del 23 de octubre de 1987, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció al señor JAIRO ESPITIA SUÁREZ asignación de retiro, para lo cual se tuvo en cuenta como partida computable la prima de actividad en un 30%. (f. 10)
- Que al demandante se le reconoció como prima de actividad un porcentaje correspondiente al 45%, tal como consta con el desprendible de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, de fecha 19 de junio de 2015 (f. 17)
- Que de conformidad con el contenido del acto administrativo acusado Oficio No. 211, Certificado Cremil No. 598007 Consecutivo 2015-51852 de fecha 28 de julio de 2015, el reconocimiento del 15% que dio como resultado un porcentaje en la prima de actividad del 45% 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 ESPITIA SUÁREZ, fue retirado con el 30% 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 agosto de 1987, con 26 años 1 mes y 6 días de servicio activo. La norma antes mencionada, le asigna un

porcentaje del 30% a los suboficiales que tengan más de 25 años de servicios y menos de 30.

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 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 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 15%, resaltando la Sala, que el incremento ordenado fue liquidado sobre el porcentaje que venía percibiendo el demandante, es decir, del 30%, tal como lo dispone el decreto en cita, 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 se le aplique el Decreto 2863 de 2007 art. 4º y que como consecuencia le sea reconocida prima de actividad en un porcentaje del 46.5% sobre la asignación básica y que por ende le sea reajustada su asignación básica; a lo cual, estima la Sala, que el demandante no tiene derecho a que se le

reliquide y reajuste su asignación con la incorporación de los porcentajes incrementados a la partida computable Prima de Actividad en un 46,5%, toda vez que, la normatividad aplicable para establecer el monto de la prima de actividad es la vigente al momento de la consolidación del derecho (asignación de retiro).

Aunado a lo anterior, el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 que consagra el principio de oscilación y cuya aplicación requiere el apelante, deja entrever que tiene como fin que las asignaciones de retiro contempladas en el mismo, se incrementen en igual porcentaje en que se aumenten las asignaciones de actividad, haciendo referencia sólo a aquellas personas que alcancen el derecho a partir de su entrada en vigencia, es decir, a partir del 31 de 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 anteriores¹⁰, 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 30% a un 45%.

¹⁰ 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.** (Negritas de la Sala).

Por último, no existe prueba que un suboficial del mismo grado que el actor le haya sido reconocido el porcentaje que el apelante manifiesta en la demanda y en su impugnación que debe ser aplicado, porque así se le reconoció a un suboficial en servicio activo o en condición de retirado.

Así las cosas, estima la Sala que le asiste razón la *A quo*, cuando considera que no existe causal de nulidad alguna del acto acusado por medio del cual la entidad demandada no accedió a la solicitud del demandante de que se le aumentara el porcentaje de Prima de actividad a un 46.5%, 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 doce (12) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

7.8. Conclusión

La respuesta al interrogante planteado en el problema jurídico es negativo, porque el demandante no tiene derecho a que se le reliquide y reajuste su asignación de retiro con la incorporación de los porcentajes incrementados a la partida computable Prima de Actividad en un 46.5%, toda vez que, el reajuste sobre la prima de actividad ordenado en el Decreto 2863 de 2007, ya viene siendo percibido por el accionante, tal como lo señala el decreto en mención, es decir, que no hay lugar a aplicar las disposiciones que indican como liquidar la asignación de retiro en el Decreto 4433 de 2004 al accionante, pues se refieren a quienes adquieren derecho a su reconocimiento estando en servicio activo durante su vigencia, no siendo aplicable al retirado en virtud del principio de oscilación.

En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada.

VII.- COSTAS -

Conforme con lo estipulado en el art. 188 del CPACA, y los art. 365 y 366 del CGP., esta Corporación condenará en costas a la parte vencida.

VIII.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en audiencia inicial del 12 de diciembre de 2016, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a 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. 021 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ