



13001-33-33-011-2015-00086-01

Cartagena de Indias D. T. y C., primero (1º) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-011-2015-00086-01
Demandante	MARÍA CRISTINA HERNÁNDEZ TORRES
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL
Tema	PRIMA DE ACTIVIDAD
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha cinco (05) de mayo de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

“La acción se dirige a que se declare:

1. La Nulidad de la decisión tomada mediante el Oficio No. 211, Certificado Cremil No. 97470 Consecutivo 2014-76143 de fecha 01 de octubre de 2014, 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 Pensión de beneficiaria solicitada por la señora MARÍA CRISTINA HERNÁNDEZ DE TORRES.

2. Que como consecuencia de la petición anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene el Reajuste de la Pensión de beneficiaria de la señora MARÍA CRISTINA HERNÁNDEZ DE TORRES, incrementando 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 LA 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.

4. Que se me reconozca personería jurídica para actuar en nombre y representación de mi poderdante en los términos en que está suscrito el presente poder (...).”





13001-33-33-011-2015-00086-01

1.2. HECHOS

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

- A la demandante, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció pensión de beneficiaria.
- Que la entidad accionada no aplicó debidamente la modificación establecida para la prima de actividad en el Decreto 2863 de 2007.
- Que en el acto administrativo acusado la entidad falsea el contenido del Decreto 2863 de 2007.
- Que la entidad accionada, a través del Oficio No. 211, Certificado Cremil No. 97470 Consecutivo 2014-76143 del 01 de octubre de 2014, negó el derecho al incremento del porcentaje de la prima de actividad, la reliquidación y el correspondiente reajuste de la asignación de retiro solicitada por el accionante con base en el Decreto 2863 del 2007.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Considera vulneradas las siguientes:

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

En síntesis señala el 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 no 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 *ibidem*, 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 el 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



13001-33-33-011-2015-00086-01

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. LA SENTENCIA APELADA (fs. 149-153)

Mediante sentencia de fecha 05 de mayo de 2017, el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena resolvió negar las pretensiones de la demanda, señalando para el efecto que al demandante le fue aplicado el Decreto 3071 de 1968 al reconocerle su asignación de retiro, y que no resulta procedente la adición del porcentaje de prima de actividad incluida como partida dentro de la base liquidatoria, en los términos del artículo 4º del Decreto 2683 de 2007 y en aplicación del Decreto 4433 de 2004 y considerando los principios de favorabilidad, igualdad y oscilación, toda vez que las prestaciones periódicas de término indefinido, se rigen por la normatividad vigente al tiempo en que ocurre el retiro del servicio.

Que al demandante, hasta el 30 de junio de 2007, tenía reconocida la prima de actividad en un porcentaje equivalente al 25% y a partir del 1º de julio de 2007 fue incrementada al 37.5%, concluyendo el A quo que al demandante le fue incrementada la prima de actividad en los términos previstos en el Decreto 2863 de 2007.

Adicionalmente, señala que la reforma introducida por el Decreto 4433 de 2004, ningún efecto tuvo sobre las situaciones particulares causadas y consolidadas bajo el amparo de las escalas reguladas en los regímenes anteriores. Así mismo, que el propio Decreto 4433 de 2004, precisó en su artículo 45 que su vigencia comenzaba a partir de la fecha de publicación, hacia el futuro, por lo que no es posible su aplicación retroactiva, so pretexto de guardar una igualdad que no es tal entre los retirados con posterioridad a dicha fecha y aquellos que ya habían consolidado la prestación.

Así las cosas, adujo que, no era de recibo el argumento según el cual, en virtud del principio de oscilación, al demandante se le debe liquidar su asignación de retiro con base en el Decreto 4433 de 2004, pues sumado al hecho de que en el se regula la prima de actividad del personal en actividad, la aplicación de aquel principio presupone la existencia de una norma posterior que varíe el porcentaje reconocido como prima de actividad de dicho personal.



13001-33-33-011-2015-00086-01

Finalmente, señaló que el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante, es una situación definida y consolidada conforme a las normas anteriores a la vigencia anteriores a la vigencia del Decreto 4433 de 2004, cuyos efectos no son retroactivos, sin que pueda entenderse la afectación de un derecho adquirido, puesto que dicha prestación le fue reconocida bajo las normas vigentes para la época de su causación; con lo cual concluye que no le asiste razón a la parte demandante, por lo que se mantiene incólume la legalidad del acto administrativo acusado.

3. LA APELACIÓN (fs. 160-162)

La parte actora presenta escrito de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando que sea revocada la misma, aduciendo que, lo solicitado en la demanda, va encaminado al reajuste de la asignación de retiro de la demandante incrementando el porcentaje de la prima de actividad al 41.5%, sobre su asignación básica, de acuerdo a lo establecido en el Decreto 2863 de 2007, artículos 2 y 4; señalando que el A quo no examinó los principios de la condición más favorable al trabajador, la igualdad, la oscilación y buena fe, dado que el Decreto 2863 de 2007, en el artículo 2º dispone que, se debe incrementar en un 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 1214 de 1990.

Que al quedar el demandante cobijado con el decreto 2863 de 2007 y normas relacionadas, tiene derecho a que se le ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado al del activo correspondiente; ya que dicho ajuste se reconoce para quienes hayan obtenido asignación de retiro con anterioridad al 1º de julio de 2007, encontrándose el demandante amparado por dicha normativa.

De otro lado, señala que el propio artículo 4º invoca el principio de oscilación para referirse al incremento para los retirados y que dicho principio no se cumple si la prima de actividad de los retirados se incrementa en un monto inferior al de los activos, motivo por el que reincide en señalar que el valor en el que se debe incrementar es el 16.5%, ya que un valor diferente violaría el principio de oscilación vigente.

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"



13001-33-33-011-2015-00086-01

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 parida 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 incrementarían 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"

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.

4. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia de fecha 6 de octubre de 2017, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (f. 5 Cuaderno de 2da instancia), y a través de auto de fecha 28 de noviembre de 2017 (f. 9 Cuaderno de 2da instancia) se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto.



13001-33-33-011-2015-00086-01

5. ALEGACIONES

5.1. De la parte demandante

No presentó alegatos de conclusión.

5.2. De la parte demandada

En los alegatos de conclusión presentados la parte demandada, luego de hacer un análisis jurídico de las normas que consagran la prima de actividad, y una relación de la jurisprudencia de los tribunales administrativos del país en torno al tema, solicita que se confirme la sentencia apelada. (Fs. 20-23)

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público, en el concepto emitido solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia, aduciendo que al demandante no le asiste razón en cuanto a la reliquidación de la prima de actividad.

Que la interpretación correcta del artículo 4° del Decreto 2863 de 2007, es que las asignaciones de retiro reconocidas con anterioridad al 1° de julio de 2007, como es el caso de la demandante, debían incrementarse en el mismo porcentaje dispuesto en el artículo 2°, esto es, 50%, que se calcularía con base en el artículo 159 del Decreto 1211 de 1990, es decir, sobre el porcentaje de la prima de actividad que se le tuvo en cuenta para la liquidación de su prestación.

Así las cosas, concluyó que, tomando en cuenta que para la fecha en que se expidió el Decreto 2863 de 2007, la asignación de retiro de que venía gozando la demandante había sido liquidada con base en un 25% por concepto de prima de actividad por disposición del artículo 155 del Decreto 95 de 1989, era sobre este último porcentaje que debía aplicarse el incremento del 50% ordenado por el artículo 4° del Decreto 2863, como en efecto se realizó, arrojando un aumento del 12.5% de incremento, lo que significa que la prima de actividad actualmente tiene una incidencia en su asignación de retiro equivalente al 37.5%.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las



13001-33-33-011-2015-00086-01

mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

V.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.

2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema Jurídico en el presente caso consiste en determinar si la parte demandante tiene derecho a la reliquidación y el correspondiente reajuste de su asignación de retiro 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.

En caso de ser negativa la respuesta, se confirmará la decisión de primera instancia; en caso contrario se revocará.

3. 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 41.5%, toda vez que, el reajuste sobre la prima de actividad ordenado en el Decreto 2863 de 2007, ya viene siendo percibido por la demandante, en calidad de beneficiaria de la asignación de retiro que en vid devengaba el extinto señor Gustavo Torres Hernández.

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

4. 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



13001-33-33-011-2015-00086-01

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.



13001-33-33-011-2015-00086-01

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.



13001-33-33-011-2015-00086-01

"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.



13001-33-33-011-2015-00086-01

5. CASO CONCRETO

5.1. Hechos probados

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

- De acuerdo con la Hoja de Servicios de fecha 12 de julio de 1971, el extinto Capitán de Corbeta Gustavo Torres Hernández, se retiró del servicio por solicitud propia el 1º de mayo de 1971 (Decreto No. 617 de 1971 f. 49), con un tiempo de servicio de veintiún (21) años, cuatro (04) meses y diez (10) días, vinculado la Armada Nacional (fs. 45 -46).
- Mediante Resolución No. 2282 del 16 de julio de 1971, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció al demandante asignación de retiro, para lo cual se tuvo en cuenta como partida computable la prima de actividad (f. 49 vto.) (Fs. 56 vto. -57)
- Que al extinto Capitán de Corbeta Gustavo Torres Hernández de la Armada Nacional, de conformidad con el Decreto No. 2863 del 27 de julio de 2007, se le incrementó el porcentaje de la prima de actividad del 25% al 37.5% con aplicación en el mes de agosto de 2007 con retroactividad al 01 de julio de 2007, tal y como se acredita con la Certificación de fecha 13 de septiembre de 2016, expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (f. 115).
- Así mismo, se acreditó que la señora María Cristina Hernández de Torres, tiene reconocida pensión como beneficiaria del señor Capitán de Corbeta Gustavo Torres Hernández, prestación que le fue reconocida a través de Resolución No. 2646 del 4 de mayo de 2012 expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (fs. 8-9)
- Que de conformidad con el Certificado Cremil 77061-6585 del 13 de septiembre de 2016, al demandante durante el periodo de julio de 2007 en adelante, le viene siendo reconocido un porcentaje del 37.5% como partida computable de la prima de actividad (fs. 113-114).
- Que de conformidad con el contenido del acto administrativo acusado Oficio No. 211 consecutivo No. 2014-76143 del 1º de octubre de 2014, el demandante a partir de julio de 2007, le viene reconocido el 37.5% como partida computable de prima de actividad. (F. 14).



13001-33-33-011-2015-00086-01

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

Advierte la Sala que, teniendo en cuenta la calidad Capitán de Corbeta de la Armada Nacional ostentada por el extinto Gustavo Torres Hernández al momento de su retiro (f. 45), le fue reconocida una asignación de retiro, en cuantía del 74% del sueldo de actividad correspondiente a su grado y con el porcentaje correspondiente de la prima de actividad, entre otras partidas computables (fs. 56 vto. -57).

Con posterioridad, 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.

Advierte la Sala que, teniendo en cuenta la calidad de Capitán de Corbeta de la Armada Nacional del extinto Gustavo Torres Hernández, al momento de su retiro le fue reconocida una asignación de retiro, en cuantía del 74% del sueldo de actividad correspondiente a su grado y con el cómputo correspondiente de la prima de actividad, entre otras partidas.

Con posterioridad al reconocimiento de dicha asignación, observa la Sala que por disposición del Decreto 2863 de 2007, a la parte actora le fue incrementada la partida computable de prima de actividad de un 25% a un 37.5%, a partir del 1º de julio de 2007, tal y como se constata con el certificado obrante en el expediente (fs.113 a 115), y se corrobora con el contenido del acto administrativo acusado (f. 14).

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 41.5% sobre el sueldo básico y que por ende le sea reajustada su asignación de retiro; a lo cual estima la Sala 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 41.5%, toda vez que, la normatividad aplicable para establecer el monto



13001-33-33-011-2015-00086-01

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, 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 demandante fue aumentado de un 25% a un 37.5%.

Así las cosas, estima la Sala que le asiste razón al 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 de la 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.



13001-33-33-011-2015-00086-01

Por todo lo anterior, la Sala confirmará la sentencia oral de primera instancia de fecha cinco (05) de mayo de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

5.3. Condena en costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, habiendo sido resuelto de forma desfavorable el recurso de apelación de la parte demandante en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandante, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

En este caso, se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada¹.

En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandante, las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de primera instancia, atendiendo lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del expediente.

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

VI.- FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha cinco (05) de mayo de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante, liquídense por la Secretaría del Juzgado de Primera instancia,

¹ Acuerdo 1887 de 2003, artículo 3o.



13001-33-33-011-2015-00086-01

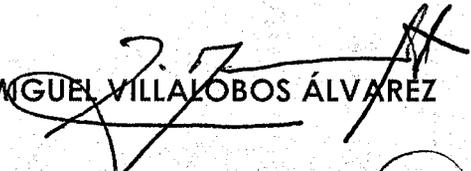
conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en dicha liquidación las agencias en derecho, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

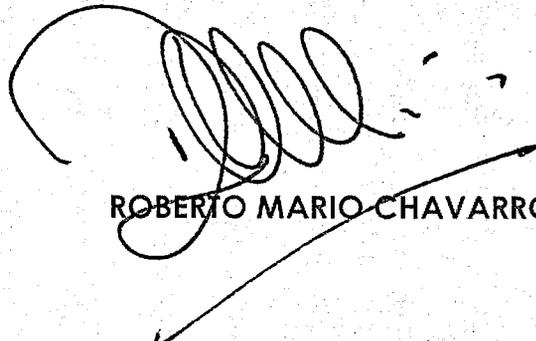
TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al Despacho de origen para que se sirva dar cumplimiento a lo ordenado en esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

