



F-33
C-2

13001-33-33-004-2016-00040-01

Cartagena de Indias D. T. y C.; Uno (1) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-004-2016-00040-01
Demandante	SAÚL QUIROGA SÁNCHEZ
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Tema	REAJUSTE ASIGNACIÓN DE RETIRO CON INCLUSIÓN DE LA PRIMA DE ACTIVIDAD
Magistrado Ponente	ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia, proferida el 07 de diciembre de 2016 por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. Hechos relevantes

1. La Caja de retiro de las Fuerzas Militares le reconoció asignación de retiro al señor Suboficial Jefe (r) SAÚL QUIROGA SÁNCHEZ, mediante Resolución No. 0804 de fecha 07 de junio de 1995.
2. El demandante solicitó mediante reclamación administrativa con radicado de fecha 11 de diciembre, el reconocimiento, liquidación y pago del reajuste por concepto de la Prima de Actividad del 37,5% al 41.5 %.
3. La demandada Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, manifiesta que NO es viable el conceder las peticiones respecto al reajuste de la prima de actividad, mediante oficio No. 211 CREMIL 110588 consecutivo 2015-92376 de fecha 31 de diciembre de 2015.

1.2. Pretensiones

Declarar la nulidad del oficio No.211, Certificado CREMIL No. 110588 Consecutivo 2015-92376 de fecha 31 de diciembre de 2015, expedido por la



13001-33-33-004-2016-00040-01

Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio del cual se negó el derecho al incremento de la Prima de Actividad, la consecuente reliquidación y el correspondiente reajuste de la asignación de retiro.

A título de restablecimiento del derecho, se ordene el reajuste de la asignación de retiro del señor Suboficial Jefe (r) SAUL QUIROGA SANCHEZ, 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.

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

1.3 Normas violadas y concepto de violación.

Constitución Política Colombiana: Preámbulo y los artículos 2, 6, 13, 53, 83 y 87.
Decreto 2863 de 2007

El accionante indica que los artículos 2, 6, 13, 53, 83 y 87 de la Constitución Política se transgredieron al no proteger el derecho a recibir un aumento en la prima de actividad de acuerdo a lo estipulado en el Decreto 2863 de 2007, es decir en un 16,5% y no como se concedió en un 12,5%, vulnerando el principio de la buena fe.

Resultan quebrantados los artículos 2º y 4º del Decreto 2863 de 2007, porque el primero señala un aumento del 50% en 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, por lo que el aumento equivalente al 50% del 33%, es el 16,5%, ello, dado que el artículo 84 del Decreto Ley 1211 de 1990 contempla un porcentaje del 33% para el personal en servicio activo.

Finaliza afirmando que la Entidad aplicó indebidamente la norma, pues el aumento que debió establecer para la prima de actividad era del 16,5% y no de 12,5% como ocurrió en el caso concreto.



13001-33-33-004-2016-00040-01

2. CONTESTACION¹

La Caja de Retiro de las fuerzas Militares sostuvo que las pretensiones no son procedentes, pues la prima de actividad se reajustó de acuerdo con lo establecido en la ley, toda vez que al ser el demandante Suboficial Jefe (r) de la Armada Nacional, se le reconoció asignación de retiro por un tiempo de servicio de 20 años, 08 meses y 28 días con resolución No. 0804 del 07 de junio de 1995, al reunir los requisitos para acceder a la misma, bajo la vigencia del Decreto Ley 1211 de 1990. Teniendo en cuenta la Hoja de servicios militares número 136 de 1995 ARC, se le reconoció prima de actividad del 25% y el porcentaje reconocido fue el tope máximo permitido por el legislador, para la época.

Respecto al principio de oscilación señala que este no implica que se modifique el porcentaje de liquidación de la prima de actividad sino que el ya porcentaje reconocido se aplica al valor de la prima de actividad que estuviere devengando el personal en servicio activo.

Refiere que el porcentaje indicado es con el cual se liquidó inicialmente la asignación de retiro y no con el cual se modifica su valor a menos que la ley lo diga.

Ahora bien, afirma que el principio de igualdad se predica solo entre iguales, por tanto en el presente caso NO se ha vulnerado el derecho a la igualdad, ya que se reitera que es el legislador quien establece la escala gradual porcentual y los parámetros para el reconocimiento y pago de las asignaciones de retiro, y no puede equipararse un militar con otro cuya asignación de retiro es posterior y está sometido a un régimen jurídico distinto pues la situación en cada caso, debe resolverse con sujeción al régimen vigente en el momento.

Como excepciones propuso la no configuración de falsa motivación en las actuaciones de la caja de retiro de las fuerzas militares.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, profirió sentencia de primera instancia negando las pretensiones de la demanda.

¹ Folio 43-49



13001-33-33-004-2016-00040-01

El a quo consideró no encontrar viable dar aplicación al principio de oscilación solicitado, toda vez que, como afirma el demandante, la prima de actividad del personal activo y la del retirado de la fuerza pública, debe ser incrementada en el mismo porcentaje, esto es, el 50%, no obstante, la diferencia radica en la prima de actividad a incrementar, pues conforme al decreto 1211 de 1990, para los activos, la prima de incremento es del 33%, mientras que para los retirados, será la que haya establecidos los decretos vigentes para la época de su retiro, que para el caso del demandante, es del 25%, conforme al decreto 1211 de 1990, razón por la cual el incremento del 12.5%, aplicado por la demandada es correcto, pues equivale al 50% de la prima de actividad reconocida y devengada por él, antes de entrar en vigencia del Decreto 2863 de 2007.

El Despacho no encuentra violación o menoscabo alguno del derecho a la igualdad en la actuación acusada, habida cuenta que el derecho de igualdad se predica entre iguales y no se puede so pretexto de darle aplicación al sistema de oscilación, equiparar a un miembro activo de la fuerza pública con un retirado, sobre todo en materia prestacional. El a quo considera que mal haría la Caja en calcular el incremento de la prima de actividad prevista en el Decreto 2863 de 2007, respecto de un retirado de la fuerza pública, pues sería darle un efecto y aplicar un incremento a la prima del retirado que no ha sido contemplado por dicho decreto.

4. RECURSO DE APELACION.

La parte demandante solicita se REVOQUE la sentencia de primera instancia proferida con fecha siete (07) de diciembre de 2016, se declare la nulidad del acto administrativo impugnado y a manera de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO se ordene el reajuste de la asignación de retiro, incrementando el porcentaje de la prima de actividad al 41,5% de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2863 de 2007, respectivamente y el pago con retroactividad de todos los valores adeudados por estos conceptos en forma indexada.

El recurrente afirma, la fecha del retiro del servicio determina la normatividad aplicable para el reconocimiento y liquidación de dicha prima, al analizar la normatividad aplicable al caso según el momento de retiro del actor, no debe ser tomado como factor a dividir. Dice el recurrente que NO es cierto que se esté solicitando dar aplicación del decreto 4433 de 2004, solo fue mencionado porque es indispensable para entender lo que el decreto 2863 de 2007.



13001-33-33-004-2016-00040-01

Asimismo señala el recurrente que para que se de aplicación al principio de oscilación, es necesario que el monto del incremento de la prima de actividad para los retirados debe ser el mismo que el monto del incremento que para los activos, según el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007, el cual fue del 16,5%.

4.1. Actuación procesal de segunda instancia.

Mediante auto de fecha treinta (30) de mayo de dos mil dieciséis (2017)², de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 de la ley 1437 de 2011, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante y mediante auto de fecha cuatro (04) de septiembre de 2017³ se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público emitiera su concepto.

4.2 Alegatos de conclusión en segunda instancia.

4.2.1 Parte demandante

No presentó alegatos de conclusión.

4.2.2 Parte demandada

No presentó alegatos de conclusión

4.2.3 Concepto del Ministerio Público

En concepto del Procurador Veintidós Judicial II Administrativo, no le asiste razón al demandante y por mismo debe confirmarse la providencia cuestionada. En primer lugar, la interpretación correcta del artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, es que las asignaciones de retiro, reconocidas antes del 1º de julio de 2007, como es el caso del actor, debían incrementarse en el mismo porcentaje dispuesto en el artículo 2º, es decir, 50%, el que se calcularía no con base en el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 sino 159 ibídem, esto es sobre el porcentaje de la prima de actividad que se le tuvo en cuenta para la liquidación de la prestación de que es beneficiario.

Por otra parte, no es objeto de discusión porque así lo reconoce el propio demandante, que el porcentaje tomado en consideración para la liquidación de su asignación de retiro, fue el 25/% del salario devengado en

² Folio 7, cuaderno 2

³ Folio 11 cuaderno 2



13001-33-33-004-2016-00040-01

entidad y no es el 33% como, es lo ahora pretendido, razón por la que la accionada, le aplicó correctamente el incremento dispuesto en el artículo 4º citado, pues a partir de la vigencia del Decreto 2863 de 2007, su prestación se reliquidó tomando como partida computable, el 25% ya reconocido, más la mitad de éste, es decir, 12.5% (equivalente al 50% del artículo 4º)

II.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA. Por ello, y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

III.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer de los recursos de apelación contra las sentencias de primera instancia dictadas por los jueces administrativos.

2. Problemas jurídicos.

Conforme al tema de impugnación, la Sala habrá de resolver los siguientes interrogantes:

¿Si la sentencia de primera instancia debe ser revocada porque el actor tiene derecho a que su asignación de retiro le sea reajustada con la prima de actividad en un 41,5%?

3. Tesis de la Sala.

La Sala sustentará que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, en la medida en que la asignación de retiro del actor no debe ser reajusta con la prima de actividad en un 41.5% como lo aduce el actor, toda vez que existe una marcada diferencia entre la prima de actividad como partida que sirve para liquidar las prestaciones sociales unitarias y periódicas del personal de la Fuerza Pública que se retire a partir de una determinada fecha y la prima de actividad como prestación social a favor



13001-33-33-004-2016-00040-01

del personal en servicio activo, conforme se deriva del marco normativo de la providencia. Lo anterior, se refleja en el hecho de que para el personal en servicio activo, la prima de actividad de acuerdo al Decreto Ley 89 de 1984, derogado por el Decreto 95 de 1989 y este último por el Decreto Ley 1211 de 1990 será de un 25%, porcentaje que modificó el Decreto 2863 de 2007 que la aumentó en un 50%, es decir en un 12.5%, quedando en un 37.5%. Contrario a ello, para el personal en retiro, el porcentaje de la prima de actividad se liquida dependiendo del tiempo total de servicio prestado para las Fuerzas Militares, como lo consagró el Decreto 89 de 1984.

4. Marco Jurídico y Jurisprudencial

Para resolver este interrogante, y teniendo en cuenta que en lo esencial, señala el escrito de alzada que el A quo incurrió en una indebida interpretación de las normas cuyo cumplimiento se pide, la Sala estudiará los siguientes temas: **i)** Régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, **ii)** El principio de oscilación entre las asignaciones de retiro y las asignaciones en actividad, y por último, **iii)** Las disposiciones legales que regulan la PRIMA DE ACTIVIDAD a favor del personal activo y la PRIMA DE ACTIVIDAD como prestación computable en las asignaciones del personal retirado.

4.1 Del régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

Conforme al artículo 217 de la Carta se autorizó expresamente al Legislador para determinar el régimen prestacional de la Policía Nacional, la cual hace parte de la Fuerza Pública según el artículo 216 del Estatuto Superior. En desarrollo de esa preceptiva, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 señaló que el sistema integral de la seguridad social no se aplica a los miembros de la fuerza pública⁴.

Conforme a lo anterior, el artículo 150 numeral 19 de la Carta autorizó expresamente al Legislador para regular de manera particular el régimen de seguridad social a que deben acogerse dichos servidores públicos, de lo cual se concluye que gozan de un régimen especial de prestaciones sociales.⁵

⁴ ARTICULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas”.

⁵ Corte Constitucional Sentencia C-432 de 2004



13001-33-33-004-2016-00040-01

Por su parte, la Ley 4ª de 1992⁶ dispuso que le corresponde al Gobierno Nacional fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, **respetando la nivelación que debe existir entre la remuneración del personal activo y el retirado de la Fuerza Pública dentro de un respectivo grupo**, para lo cual, los Decretos que se profieran en uso de dicha competencia, no deben conducir a resultados diferenciales en el quantum de los salarios con respecto a las asignaciones de retiro de ese personal. Por ejemplo, no debe existir diferencia entre los oficiales en servicio activo de los oficiales retirados.

El régimen especial del personal de la FUERZA PUBLICA está contenido, entre otras, en las siguientes disposiciones relevantes frente a cada grupo de sus miembros:

El **Decreto 1211 de 1990**, el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, el **Decreto 1212 de 1990**, el Estatuto del Personal y suboficiales de la Policía Nacional, el **Decreto 1213 de 1990** que consagra el Estatuto del personal de Agentes de la Policía Nacional y el **Decreto 1214 de 1990** que reformó el estatuto y el régimen prestacional del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional⁷.

Así mismo, las siguientes disposiciones que se aplican a todos los miembros de la FUERZA PUBLICA: la **Ley 923 de 2004** que señaló las "*normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política*", el **Decreto 4433 de 2004**, por medio del cual se fijó "*el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*" cuya aplicación persigue el actor, el **Decreto 1515 de 2007** por medio del cual se fijaron "*los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares; Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional; personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial*", y el Decreto **2863 de 2007**, por medio del cual se modificó parcialmente el **Decreto 1515 de 2007** y se dictaron otras disposiciones.

⁶ Artículo 13 en concordancia con el literal d) del artículo 1 y artículo 2.

⁷ El Decreto 2070 de 2003 que reformó el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-432 de 2004, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL.



13001-33-33-004-2016-00040-01

4.2 El principio de oscilación entre las asignaciones de retiro y las asignaciones en actividad.

En primer lugar se debe afirmar que la asignación de retiro se considera como una modalidad de prestación social que "se asimila a pensión de vejez"⁸.

Este principio se traduce en que, la asignación de retiro y las "pensiones" de los miembros de la fuerza pública, para el caso concreto –OFICIALES Y SUBOFICIALES - se liquidan teniendo en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan a las asignaciones del personal en servicio activo, con la finalidad de que las mismas mantengan una equivalencia que salvaguarde el principio de igualdad.

Por su parte, en la **Ley 923 de diciembre 30 de 2004**, se señalaron las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de **la Fuerza Pública** conforme al **artículo 150, numeral 19, literal e)**, precisando en su **artículo 2** que para la fijación de ese régimen el Gobierno debe tener en cuenta los **principios** de "eficiencia, universalidad, **igualdad**, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad". Como elementos mínimos del marco pensional y de la asignación de retiro, incluyó en el **artículo 3 numeral 3.13** el principio de OSCILACIÓN en los siguientes términos: "El incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo".

Por su parte, el **Decreto 4433 de diciembre 31 de 2004** que fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de 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 a los Soldados de las Fuerzas Militares, dispuso en su **artículos 2 y 3** la Garantía de los Derechos Adquiridos y reiteró los principios señalados en la Ley de *eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad*".

En el título V –denominado DISPOSICIONES VARIAS, **artículo 42** consagró el principio de OSCILACIÓN en los siguientes términos: "Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se

⁸ Corte Constitucional Sentencia C - 432 de 2004





13001-33-33-004-2016-00040-01

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 ajusten en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley" (negrillas y subrayado fuera de texto)

Este artículo garantiza el Principio de Oscilación a futuro, de aquellos miembros de la Fuerza Pública a los cuales le sea reconocida Asignación de Retiro en vigencia del mismo.

Por último, el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007 que modificó el Decreto 1515 de 2007, consagró en su artículo 4 el PRINCIPIO DE OSCILACIÓN así:

*"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".*

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

4.3 Disposiciones legales que regulan la PRIMA DE ACTIVIDAD a favor del personal activo y la PRIMA DE ACTIVIDAD como prestación computable en las asignaciones del personal retirado.

Partiendo de la diferencia que existe entre **PRIMA DE ACTIVIDAD, como partida que sirve para liquidar las prestaciones sociales** unitarias y periódicas del personal de la Fuerza Pública que se retire a partir de una determinada fecha y la **PRIMA DE ACTIVIDAD como Prestación Social** a favor del personal en servicio activo, se procede a citar las disposiciones legales que las han

⁹ Esta disposición legal consagró el aumento de la prima de actividad del personal civil del Ministerio de Defensa y Policía Nacional regulado por el Decreto 1214 de 1990, en los siguientes términos: "La prima de actividad de que trata el Artículo 38 del Decreto Ley 1214 de 1990, será del treinta y tres por ciento (33%) del sueldo básico mensual.



13001-33-33-004-2016-00040-01

tratado desde el momento en que se reconoció la asignación de retiro que se estudia:

Sobre esta doble condición, se tiene que en el **Decreto 1211 DE 1990** que regía para la fecha que se reconoció la asignación de retiro del señor Suboficial Jefe (r) **SAUL QUIROGA SANCHEZ**, se contemplaron como partidas computables para dicha prestación, entre otras, la prima de actividad en un porcentaje del **25%** para Oficiales y Suboficiales con más de 20 años de servicios y menos de 25 años.

Si bien es cierto que el Decreto citado, en su **artículo 84**, ordeno el pago de prima de actividad al **personal activo** en los siguientes porcentajes:

"...PRIMA DE ACTIVIDAD. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que sea equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico."

En el artículo 158, se dispuso que para el personal de Oficiales y Suboficiales, que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así:

"- Sueldo básico.

- Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.

- Prima de antigüedad.

- Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto.

- Duodécima parte de la prima de Navidad.

- Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.

- Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

- Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidar conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

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

En el artículo 159, se reguló los porcentajes en que la PRIMA DE ACTIVIDAD sería computada a favor de 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:

"- Para individuos con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%)."



13001-33-33-004-2016-00040-01

- 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%)."

Por último, en el artículo 160 del mismo Decreto 1211 de 1990, se contempló a favor de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y sus beneficiarios, en goce de asignación de retiro o pensión, cuyo retiro o separación haya ocurrido antes del 18 de enero de 1984 que se les computara la prima de actividad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior, en la forma que a continuación se expresa:

"- En la vigencia fiscal de 1990 hasta el dieciocho punto cinco por ciento (18.5%).

- En la vigencia fiscal de 1991 hasta el veintidós punto cinco por ciento (22.5%).

En la vigencia fiscal de 1992 hasta el treinta y tres por ciento (33%).

PARAGRAFO. Queda entendido que no habrá lugar a los reajustes establecidos en este artículo entre el 18 de enero de 1984 y las iniciaciones de las vigencias fiscales indicadas en esta norma. Tampoco habrá reajuste de las prestaciones unitarias."

En desarrollo de la Ley **923 de 2004**, el Gobierno expidió el **Decreto 4433 de 2004** que fijó el Régimen Pensional y de Asignación de Retiro de todos los miembros de la Fuerza Pública, disponiendo en su artículo 13 como partida computable para la asignación de retiro del PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES, la prima de actividad y en su artículo 14 refirió su liquidación para efectos de la ASIGNACIÓN DE RETIRO:

"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 después de 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 con más 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 El 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.



13001-33-33-004-2016-00040-01

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."

El mismo Decreto 4433 de 2004 en su artículo 15 señaló el derecho a percibir ASIGNACION DE RETIRO a favor de quienes ingresen al escalafón a partir de la fecha de vigencia de dicho Decreto, así:

"Artículo 15. Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que ingresen al escalafón a partir de la fecha **de entrada en vigencia del presente decreto que sean retirados después de veinte (20) 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 veinticinco (25) 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:



13001-33-33-004-2016-00040-01

15.1 Sesenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los veinte (20) primeros años de servicio.

15.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los veinte (20) hasta los veinticuatro (24) años, hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

15.3 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.

PARAGRAFO. También tendrán derecho al pago de asignación mensual de retiro, en las condiciones previstas en este artículo, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que se retiren por solicitud propia siempre y cuando tengan veinte (20) o más años de servicio y hayan cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad los hombres y cincuenta (50) años de edad las mujeres."

Esta norma no dispuso incremento en la PRIMA DE ACTIVIDAD para el personal en servicio activo y se vino a modificar con el **Decreto 2863 del 27 de julio de 2007** que ordenó su incremento en un cincuenta por ciento (50%) a favor de los miembros de la Fuerza Pública. En efecto, en su artículo 2 dispuso modificar el artículo 32 del **Decreto 1515 de 2007** en los siguientes términos:

"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 1990¹⁰, 68 del Decreto Ley 1212 de 1990¹¹ y 38 del Decreto Ley 1214 de 1990¹².

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%)".

¹⁰ Debe tenerse en cuenta que este Decreto rige para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. El artículo 84 dispuso: "Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico".

¹¹ Este Decreto rige para el personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional. El artículo 68 consagró: " Los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad, que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico".

¹² Este Decreto constituye el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional. Consagró en el artículo 38: "Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, tienen derecho a una prima de actividad del veinte por ciento (20%) del sueldo básico mensual, mientras permanezcan en el desempeño de sus funciones."



13001-33-33-004-2016-00040-01

Además, tal como se indicó cuando se estudió el principio de OSCILACIÓN, este Decreto en su artículo 4 dispuso a favor de las asignaciones de retiro lo siguiente:

"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.

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

5. El caso concreto

5.1 Hechos relevantes probados.

- i. El señor **SAUL QUIROGA SANCHEZ**, Suboficial Jefe (r) de la Armada Nacional prestó sus servicios por 20 años, 08 meses y 28 días, razón por la cual se le reconoció asignación de retiro mediante Resolución No 0804 del 07 de junio de 1995 por la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES¹³, en vigencia de Decreto 1211 de 1990, en la que se computó como partidas a tener en cuenta para su liquidación:

Sueldo básico	70%
Prima de Actividad	25%
Prima de Antigüedad	20%
Subsidio Familiar	43%
Prima de Navidad	1/12

- ii. El señor **MANUEL RAMON PESTANA TIRADO** solicitó mediante reclamación administrativa radicada el día 11 de diciembre de 2015, el incremento, liquidación y pago del reajuste por concepto de la prima de actividad en un 41,5%¹⁴, la cual fue negada mediante oficio

¹³Folio 13-14 del expediente

¹⁴Folios 15-16



13001-33-33-004-2016-00040-01

No.211 Certificado Cremil No. 88193 Consecutivo 2015- 92376 de fecha 31 de diciembre de 2015.¹⁵

5.2. Valoración crítica de los hechos probados de cara al marco jurídico.

Aplicando el marco jurídico a los hechos que resultaron probados, la Sala considera que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, porque contrario a lo sostenido por el recurrente, respeta el ordenamiento Constitucional y legal y hace un análisis pertinente respecto de las normas que resultan aplicables al caso en concreto.

Considera la Sala que, no le asiste razón al demandante cuando pretende que la asignación de retiro de la cual es beneficiario le sea reajustada incrementando la prima de actividad de un porcentaje del 37.5% al 41,5%, con el argumento que se vulnerarían los artículos 2, 6, 13, 53, 83, 87 de la Constitución Política y que se hizo una indebida interpretación del Decreto 2863 de 2007. Tampoco de que se de aplicación al principio de in dubio pro operario y que en tal virtud por favorabilidad se le aplique el porcentaje que mejor favorezca la prestación pensional del actor.

Lo antedicho, porque conforme se señaló en el marco jurídico no se pueden confundir los porcentajes y partidas computables para liquidar los sueldos del personal en servicio activo, con las partidas que la ley ha previsto para las asignaciones de retiro en una determinada época y en vigencia de una norma específica.

De hecho, consultada la hoja de servicios del actor y el texto de la Resolución No. 0804 del 07 de junio de 1995 en la que se invocó el Decreto Ley 1211 de 1990, como fundamento legal para el reconocimiento de la asignación de retiro al actor, se establece que el porcentaje de la prima de actividad que le corresponde asciende al veinticinco por ciento (25%), atendiendo el tiempo de servicios acumulado a la época de la desvinculación, el cual se totalizó en 20 años, 08 meses y 28 días.

En vista de esto, vale la pena precisar conforme se consignó en el marco jurídico del caso, que se debe diferenciar la PRIMA DE ACTIVIDAD como prestación social a favor del personal activo y el porcentaje que consagra la ley para la liquidación del derecho pensional, pues la nueva ley bien pudo consagrar partidas diferentes a las que sirvieron de base para liquidar las reconocidas en vigencia de una disposición anterior, pero no quiere decir

¹⁵Folio 18



13001-33-33-004-2016-00040-01

que esté incrementando la partida correspondiente a la prestación social en servicio activo, pues se recuerda, es diferente esta partida del factor que puede consagrar la ley para liquidar el derecho pensional o la Asignación de Retiro.

No se observa vulneración del principio de OSCILACIÓN, toda vez que es facultad exclusiva del Legislador fijar el régimen pensional de los miembros de la Fuerza Pública y a las Cajas de Retiro sólo les compete dar aplicación a dichas disposiciones, como se ha hecho en el presente caso.

La evolución normativa se constituye en un proceso lógico ante los cambios sociales y económicos por los que ha atravesado el país, los cuales ameritan la mutación en la reglamentación con el fin de responder a las nuevas necesidades. Frente a la variación de las circunstancias, es apenas lógico que no es posible mantener inmodificable la regulación legal existente, ni menos aún pretender la aplicación retroactiva de las disposiciones pues ello iría en contra de prerrogativas de orden constitucional dentro de las que se encuentra la seguridad jurídica.

5.3 Costas en Segunda Instancia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del Código de General del Proceso, no se condenará en costas a la parte vencida en segunda instancia toda vez que no están acreditadas en el expediente, porque la parte demandada no concurrió en segunda instancia a ejercer su derecho de defensa y contradicción.

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 por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena de fecha siete (07) diciembre de dos mil dieciséis (2016), en la que se dispuso negar las pretensiones formuladas por el señor SAUL QUIROGA SANCHEZ contra la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.



13001-33-33-004-2016-00040-01

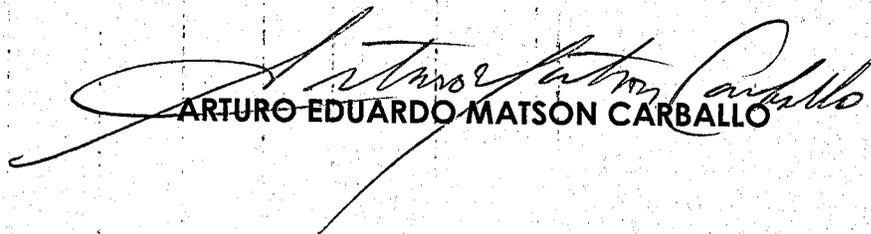
SEGUNDO: Sin condena en costas en segunda instancia conforme lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO



CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
(Ausente con permiso)