



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN NO. 6
MAGISTRADA PONENTE: ANA YASMÍN TORRES TORRES

Tunja, doce (12) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Accionante:	Álvaro Antonio Vargas Álvarez
Accionado:	Caja de Retiro de las Fuerzas Militares -CREMIL
Expediente:	15001 33 33 013 2013 00240 01
Acción:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 17 de marzo de 2015, proferida por el Juzgado Trece Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda (FL. 100 a 105).

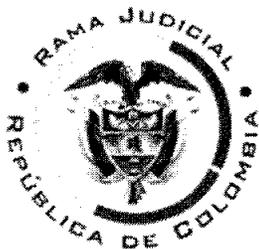
I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (fls. 2 a 11)

El señor Álvaro Antonio Vargas Álvarez por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., solicitó la nulidad del Oficio No. 2013-49016 de 5 de septiembre de 2013, proferido por la Subdirección de Prestaciones Sociales de CREMIL que negó el reajuste, reliquidación y pago de su prima de actividad en los términos ordenados por los artículos 2º y 4º del Decreto 2863 de 2007.

1.1. HECHOS

Afirmó el actor que prestó sus servicios en el Ejército Nacional, y mediante Resolución No. 720 de 18 de marzo de 2004, CREMIL le reconoció asignación de retiro en cuantía del 74% del sueldo básico en actividad, incluyendo dentro de la liquidación la prima de actividad equivalente al 25%.



Demandante: Álvaro Antonio Vargas Álvarez
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Expediente: 15001 33 33 013 2013 00240 01

Indicó que atendiendo el reajuste de la prima de actividad dispuesto por el Decreto 2863 de 2007 artículos 2º y 4º, a partir del 1º de julio de 2007, le solicitó a la entidad demandada mediante escrito de 23 de agosto de 2013 la aplicación de tal incremento del 37.5% al 49.5%, con fundamento en el principio de oscilación contemplado en el artículo 42 del citado decreto.

Preciso que con Oficio No. 2013-049016 de 5 de septiembre de 2013, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, le informa que su prima de actividad le fue liquidada de conformidad con lo establecido en el Decreto 2863 de 2007, por lo cual no atendió favorablemente su solicitud, omitiendo realizar el incremento solicitado y ordenado por el citado decreto.

1.2. PRETENSIONES.

El demandante pide lo siguiente:

1. Declarar la nulidad del Oficio No. 2013-49016 de 5 de septiembre de 2013, proferido por la Subdirección de Prestaciones Sociales de CREMIL que negó el reajuste, reliquidación y pago de su prima de actividad en términos de los artículos 2º y 4º del Decreto 2863 de 2007 en concordancia con el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 (principio de oscilación).
2. A título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reajustar, liquidar y pagar la prima de actividad del 37.5% al 49.5 como factor computable en la asignación de retiro que devenga.
3. Se condene a la demandada a pagar las diferencias que resulten entre lo cancelado y lo que debió pagarse con ocasión del reajuste que se dispuso desde el 1º de julio de 2007 y hacia el futuro, sumas debidamente actualizadas conforme al artículo 187 del C.P.A.C.A.



Demandante: Álvaro Antonio Vargas Álvarez
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Expediente: 15001 33 33 013 2013 00240 01

4. Se condene en costas a la entidad accionada según el artículo 199 del C.P.A.C.A.
5. Se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y s.s. del C.P.A.C.A.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Invocó como normas infringidas las siguientes: artículos 1, 6, 13, 23, 53 y 220 de la Constitución Política; Ley 4ª de 1992; artículos 3.3.13 de la Ley 923 de 2004; artículo 42 del Decreto 4433 de 2004; artículos 2º y 4º del Decreto 2863 de 2007; artículos 5 y 6 del C.P.A.C.A.

Arguyó que las normas citadas han sido vulneradas por la entidad demandada al no darles aplicación, en tanto a la prima de actividad se le introdujo modificaciones en cuanto al monto a computar dentro la asignación de retiro, todo lo cual para reconocerse en el mismo porcentaje que al personal activo, sin que fuera necesario tener en cuenta el tiempo de servicio.

Sin embargo, a partir del 1º de julio de 2007 CREMIL le reajustó la prima de actividad del 25% al 37.5% del sueldo básico, lo cual de conformidad con las normas antes descritas no se hizo en la misma proporción que a los miembros activos de la Fuerza Pública tal como lo dispone el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007, faltando un 12.5% por reconocer.

Agregó que la demandada desconoce que la liquidación y computo de la prima de actividad para oficiales y suboficiales retirados con asignación o pensión reconocida antes del 1º de julio de 2007, debe ser reajustada en el mismo porcentaje en que se ajustó al personal activo, sin que el Decreto 2863 de 2007 condicionara su aplicación al tiempo de servicio prestado.



Demandante: Álvaro Antonio Vargas Álvarez
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Expediente: 15001 33 33 013 2013 00240 01

Por lo anterior, manifestó que CREMIL desde año 2007 no ha dado cumplimiento a la normatividad que dispuso el incremento de la prima de actividad, como factor salarial computable para la asignación de retiro, en un porcentaje equivalente a 49.5%.

Por último, para sustentar lo dicho trajo a colación algunas sentencias de los juzgados administrativos que ordenaron el reconocimiento del reajuste de la prima de actividad tal como la reclama.

2. CONTESTACIÓN (fls. 38 a 42)

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, dio contestación a la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones invocadas, sustentando para ello, lo siguiente:

Argumentó que CREMIL es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, encargada de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensiones de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho, de conformidad con la normatividad vigente a la fecha de su retiro.

Resaltó que en la situación de marras, el actor accedió a la prestación, bajo la vigencia del Decreto 1211 de 1990, cuyo cómputo de la prima de actividad, según el artículo 159, le corresponde el 25% de acuerdo con el tiempo de servicio que acreditó.

Mediante la Resolución No. 0720 de 18 de marzo de 2004 fue materializado el reconocimiento de su asignación de retiro, dando aplicación al Decreto 1211 de 1990, incluida la prima de actividad en un 25%, reajustada al 37.5% en virtud del Decreto 2863 de 2007, por lo cual la presente demanda carece de fundamento y de objeto, se evidencia por el contrario una mala interpretación o desconocimiento de la norma por parte del actor.



Demandante: Álvaro Antonio Vargas Álvarez
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Expediente: 15001 33 33 013 2013 00240 01

Luego, afirmó que no le asiste razón al demandante para solicitar el incremento de la prima de actividad, por cuanto el reconocimiento de la asignación de retiro se efectuó conforme a la normatividad vigente para la época de su retiro, reajustando posteriormente dicho concepto al 37.5% en virtud del Decreto 2863 de 2007.

Así mismo, precisó que de acuerdo con el principio de aplicación de la ley en el tiempo, las leyes rigen a partir de su promulgación, es decir, hacia el futuro y hasta su derogatoria, por tal razón no es posible aplicar una norma nueva a situaciones consolidadas con regímenes anteriores.

Citó múltiple jurisprudencia del Consejo de Estado como de los Tribunales Administrativos, que declararon improcedente el reajuste de las asignaciones de retiro conforme a los porcentajes establecidos en el Decreto 4433 de 2004, para el personal retirado antes de la entrada en vigencia del referido decreto, constituyéndose en un precedente que debe ser acatado y respetado.

Propuso la siguiente excepción:

i) No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, manifestó que todas las actuaciones que desarrolló en torno al presente asunto se ajustaron a las normas vigentes y aplicables, es decir, que no se da ninguna de las causales de nulidad de los actos administrativos acusados, conservando así su presunción de legalidad.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

Dentro de la oportunidad legal para presentar alegatos la parte **Demandante**¹ y **demandada**² reiteran sus argumentos de defensa, expuestos en las correspondientes etapas procesales.

¹ Reposo en medio magnético a folio 106

² Reposo en medio magnético a folio 106



Demandante: Álvaro Antonio Vargas Álvarez
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Expediente: 15001 33 33 013 2013 00240 01

Concepto del Ministerio Público.-

La Procuradora Judicial 177 asignada ante el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito de Tunja emitió concepto solicitando se niegue las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes razonamientos³:

Comenzó por determinar la normatividad aplicable para el presente asunto, esto es el Decreto 2863 de 2007, igualmente el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 en concordancia con los artículos 14, 142 y 279 de la Ley 100 de 1993.

Para referirse al reajuste de la prima de actividad en la asignación de retiro, mencionó el pronunciamiento hecho por el Tribunal Administrativo de Huila⁴ y el estudio de inconstitucionalidad llevado a cabo por la Corte Constitucional en sentencia C-924 de 2005 de la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6 de la Ley 923 de 2004, que coincidieron, en que el momento en que ocurren los hechos que dan lugar a la pensión es determinante del régimen jurídico aplicable, se trata por consiguiente de conjunto de sujetos sometidos a regímenes jurídicos distintos y cuya situación en cada caso deberá resolverse con la sujeción al régimen vigente al momento en que él se pretende.

Así mismo, resaltó que el Consejo de Estado en sentencia 26 de marzo de 2009⁵, C.P. Dra. Bertha Lucia Ramírez sobre la liquidación de la prima de actividad dijo que en principio era un factor salarial a favor del personal activo de las Fuerzas Militares que posteriormente se convirtió en una partida computable para la asignación de retiro, según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo.

³ Al igual reposa en medio magnético a folio 106

⁴ Sentencia de 27 de abril de 2012; M.P. Gerardo Iván Muñoz; Actor: Carlos Arturo Monroy Villalobos

⁵ Rad. 2006-00964-01



Demandante: Álvaro Antonio Vargas Álvarez
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Expediente: 15001 33 33 013 2013 00240 01

Aunado a lo anterior, de conformidad con el Decreto 2863 de 2007 artículos 2º y 4º, los miembros de las Fuerzas Militares que se les haya reconocido asignación de retiro antes del 1º de julio de 2007 tendrán derecho al incremento de la prima de actividad en un 50% en consideración al tiempo laborado.

Así las cosas, indicó que al actor se le reajusto la prima de actividad en un 12.5% correspondiendo al 50% del 25% reconocido inicialmente de acuerdo con el tiempo de servicio que prestó a la institución (21 años, 2 meses y 22 días), en aplicación al Decreto 2863 de 2007. De ahí, que el acto acusado se encuentra acorde a las normas vigentes y aplicables al caso concreto.

4. SENTENCIA APELADA⁶

En audiencia celebrada el 17 de marzo de 2015, el Juez Trece Administrativa Oral del Circuito Judicial de Tunja profirió sentencia negando las pretensiones de la demanda.

El juez de instancia preciso que la Ley 923 de 2004 y el Decreto 4433 de 2004 no son aplicables al demandante por cuanto adquirió su status pensional el 10 de febrero de 2001 antes de la vigencia de tales normas, imposibles de operar de manera retroactiva.

Además, añadió que por disposición expresa del artículo 2º del Decreto 4433 de 2004 deben ser respetados los derechos, garantías y prerrogativas de los miembros de la Fuerza Pública que hayan consolidado su situación pensional con el régimen anterior sin que puedan ser acreedores de los beneficios establecidos por normas posteriores.

⁶ Folio 106



Demandante: Álvaro Antonio Vargas Álvarez
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Expediente: 15001 33 33 013 2013 00240 01

Así mismo, indicó que el Tribunal Administrativo de Boyacá⁷ ha sido enfático en señalar que para efectos de cómputo de la prima de actividad, la norma aplicable es la vigente al momento de la adquisición del status pensional, posición que tuvo sustento en el pronunciamiento hecho por el Consejo de Estado en sentencia de 26 de marzo de 2009 dentro del proceso con número interno 0871.

De igual manera, resaltó que no existe vulneración del principio de oscilación, toda vez que del material probatorio obrante en el expediente no se desprende que entre la asignación de retiro reconocida al actor y la asignación de actividad del mismo grado se avizore diferencia alguna.

Concluyó que no es factible el reajuste de la asignación de retiro según lo estipulado en el Decreto 673 de 2008, puesto que en ninguno de sus artículos permiten que se aplique el incremento en el porcentaje de la prima de actividad como partida computable de las asignaciones que ya vienen siendo reconocidas.

Por el contrario, dicho Decreto solamente determinó acrecentar el porcentaje de la prima de actividad como prestación social para el personal de las fuerzas públicas en servicio activo. Motivo por el cual las pretensiones de la demanda se despacharan desfavorablemente.

5. RECURSO DE APELACIÓN (fls. 110 a 114)

Inconforme el actor con la decisión adoptada por el *a quo* interpone recurso de apelación el 27 de marzo de 2015, reiterando muchos de los aspectos que expuso dentro del libelo introductorio, pero adicionalmente expresó que:

El fallador con la decisión que asumió contradice claramente la Constitución y la ley en perjuicio de los intereses del demandante, en especial los artículos 13 y

⁷ Sentencia de 23 de septiembre de 2009, Radicación No. 15001-31-33-007-2007-00249-01; Magistrada Ponente Dra. CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ.



Demandante: Álvaro Antonio Vargas Álvarez
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Expediente: 15001 33 33 013 2013 00240 01

53 Superior y el artículo 4° del Decreto 2863 de 2007, al darle una interpretación errónea a los preceptos normativos y por ende negar el derecho reclamado.

Luego del recuento normativo que mencionó, argumentó que el Gobierno dispuso en principio mediante el Decreto 2863 de 2007 el reajuste de la prima de actividad en un 50%, sin embargo a partir del año 2008 en cada decreto que reglamento los aumentos salariales del personal uniformado y civil del Ministerio de Defensa, fijó el porcentaje de tal partida en un 49.5%, derogando el artículo 1° del Decreto 2863 de 2007 y dejando vigente el artículo 4°, es decir, se reafirma que al personal retirado se le reconocerá en el mismo porcentaje la prima de actividad que a los miembros activos.

Con el Decreto 2863 de 2007 se buscó romper con el trato desigual que existía entre el personal retirado y activo de las Fuerzas Militares, estableciendo el aumento de la prima de actividad en el mismo porcentaje para los dos. De tal suerte, que en casos como estos debe primar el principio de favorabilidad, consagrado en los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del C.S.T., que consiste en la obligación de todo servidor público de optar por la situación más favorable al empleado, cuando exista duda en la aplicación o interpretación de una norma.

Insistió en que la demandada no ha dado cumplimiento a la normatividad que reajustó esta partida como factor computable para la asignación de retiro, en un porcentaje del 49.5%.

Relacionó varios actos administrativos a través de los cuales, CREMIL reconoció las asignaciones de retiro del personal separado teniendo en cuenta el 49.5% por prima de actividad sin que se tuviera en cuenta los años de servicio, en los que se dio aplicación integral del Decreto 2863 de 2007.



Demandante: Álvaro Antonio Vargas Álvarez
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Expediente: 15001 33 33 013 2013 00240 01

6. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Encontrándose dentro de la oportunidad para alegar de conclusión, el **Demandante.-** Reiteró los argumentos planteados en el recurso (fls. 137-138).

Por el contrario, la Entidad demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

De acuerdo con el recurso interpuesto por la parte actora contra la decisión de primera instancia, corresponde a esta Sala establecer si el actor en su calidad de Sargento Segundo del Ejército Nacional retirado tiene derecho al incremento de la prima de actividad en los términos del artículo 2 del Decreto 2863 de 2007, es decir, en el mismo porcentaje que se le reconoció al personal activo del Ejército.

Por lo anterior, comenzará la Sala por analizar la i) Naturaleza jurídica de la prima de actividad; el ii) Régimen aplicable a los miembros de las Fuerzas Militares en relación con la prima de actividad; la iii) Aplicación del Decreto 2863 de 2007 para el personal retirado de las fuerzas militares, el iv) Principio de oscilación; el v) principio de favorabilidad, para finalmente resolver vi) El caso en concreto.

2.1. Naturaleza jurídica de la prima de actividad

Con sentencia de 16 de abril de 2009⁸, el Consejo de Estado explicó que desde su creación, la prima de actividad se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de la Fuerza Pública, y posteriormente se convirtió en factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo.

⁸ Consejero Ponente Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila; Rad: 25000-23-25-000-2002-10194-01(2137-07).



Demandante: Álvaro Antonio Vargas Álvarez
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Expediente: 15001 33 33 013 2013 00240 01

El Gobierno Nacional bajo las pautas trazadas por el Congreso de la República en cuanto al régimen prestacional de la Fuerza Pública, fijó a partir de varias normas lo concerniente a la prima de actividad, en los porcentajes correspondientes teniendo en cuenta para cada caso los años de servicio y la condición del servidor, es decir si se trataba de Agente de Policía, Oficial y Suboficial de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

2.2. Régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública en relación con la prima de actividad.

Personal Retirado.-

Teniendo en cuenta el momento para el cual el actor le fue reconocido su status pensional mediante Resolución No. 0720 de 18 de marzo de 2004, la normatividad vigente en relación con la prima de actividad era el Decreto 1211 de 1990.

El artículo 158 ibídem estableció las partidas liquidables para la asignación de retiro, en los siguientes términos:

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

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



Demandante: Álvaro Antonio Vargas Álvarez
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Expediente: 15001 33 33 013 2013 00240 01

A renglón seguido, el artículo 159 del decreto en mención, fijó los porcentajes computables para la prima de actividad de acuerdo con el tiempo de servicios, así:

“A los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, la prima de actividad se les computar de la siguiente forma:
- Para individuos con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%).
- Para individuos con quince (15) o más de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%).
- Para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%).
- Para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).
Para individuos con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%).
(...)”

De igual manera, la misma norma hace alusión al **personal activo** disponiendo para el reconocimiento de la prima de actividad en su asignación mensual, lo siguiente:

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

De lo anterior, se puede colegir que para el personal retirado el monto a reconocer por concepto de la prima de actividad en su asignación de retiro, estaba sujeto al tiempo de servicio que hubiese prestado, mientras que para el personal activo no se establece condiciones específicas y sin embargo tienen derecho a percibir una prima de actividad equivalente al 33% de su asignación mensual.

2.3. Aplicación del Decreto 2863 de 2007, para el personal retirado de las fuerzas militares.

El Decreto 2863 de 2007 *“Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones”*, dispuso en su artículo 2º:



Demandante: Álvaro Antonio Vargas Álvarez
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Expediente: 15001 33 33 013 2013 00240 01

“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%)”

A su vez, el artículo 4° *Ibídem* extendió su ámbito de aplicación al personal oficial y suboficial de las Fuerzas Militares y de Policía no activos, al respecto señaló lo siguiente:

“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”.

Del análisis del precepto transcrito se puede inferir que su propósito fue nivelar el porcentaje en que se incrementó la prima de actividad para los miembros activos como retirados, materializando así el principio de oscilación.

Es así, que por disposición del artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Públicas tienen derecho a devengar por concepto de prima de actividad un 33% de su asignación mensual, porcentaje aumentado en un 50% en virtud del artículo 2° del Decreto 2863 de 2007 a partir del 1° de julio de 2007.



*Demandante: Álvaro Antonio Vargas Álvarez
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Expediente: 15001 33 33 013 2013 00240 01*

Al igual, el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, fijó el incremento de la prima de actividad para las asignaciones de retiro y pensiones en un 50%, sin que modificara la base de la prestación, establecida por el Decreto 1211 de 1990 cuyo criterio determinante del monto del concepto a reconocer es el tiempo de servicio prestado por el servidor.

En este mismo sentido este Tribunal⁹ al estudiar un caso de similares fundamentos fácticos y jurídicos, arribó a las siguientes consideraciones:

“De la lectura de la norma en cita, se desprende que su objetivo es nivelar el porcentaje en que se incrementó la prima de actividad, tanto para el personal activo como el retirado, lo cual efectiviza el principio de oscilación.

Conforme a lo expuesto, es importante en este punto recordar que el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 estableció el porcentaje de la prima de actividad para los Oficiales y Suboficiales activos de las Fuerzas Militares en el 33%, y dicho porcentaje fue aumentado en el 50% por disposición expresa del inciso 1 del artículo 2º del Decreto 2863 de 2007, a partir del 10 de julio de 2007.

A juicio de la Sala, debe entenderse que el incremento del porcentaje de la prima de actividad, para efectos del cálculo de la asignación de retiro, corresponde al 16.5% en todos los casos, el cual resulta al calcular la mitad del 33% (art. 84 D.L 1211/90), pues es claro que tratándose de este aumento no se previó condicionamiento alguno relacionado con el tiempo de servicios, como sí se hizo para las demás prestaciones sociales.

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

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

- ✓ *El primer inciso del artículo 2º contempla un incremento del 50%, a partir del 10 de julio de 2007, en el porcentaje de la prima de actividad para el personal en servicio activo. Con fundamento en dicho incremento, la prima de actividad para este grupo de servidores públicos, se incrementa del 33% al 49,5%.*

⁹ Sentencia de 9 de marzo de 2015; M.P. Dr. Fabio Iván Afanador García; Ref. 150013333005201300139-01; Actor: Víctor Manuel Carrillo Carrillo.



*Demandante: Álvaro Antonio Vargas Álvarez
 Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
 Expediente: 15001 33 33 013 2013 00240 01*

- ✓ *El segundo inciso del artículo 2º prevé un incremento en un 50% de la prima de actividad, según el tiempo de servicio prestado, como partida computable para las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión. En este último caso, el creador de la norma quiso que el incremento de la prima de actividad para el cálculo de la asignación de retiro no estuviere sometida al tiempo de servicio prestado.*
- ✓ *Precisamente, a fin de regular el impacto de la prima de actividad en la asignación de retiro, el Gobierno, en el artículo 4º ibídem, consideró que el personal retirado tendría derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2º, el cual debe entenderse el previsto en el primer inciso, pues el señalado en el segundo inciso no resulta aplicable por la exclusión expresa contenida en dicha norma para tal prestación.*

En ese orden, entiéndase entonces que el incremento de la prima de actividad para efectos de computar la asignación de retiro, en todo caso corresponde al 16.5%, que es la mitad del 33% establecido por el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 devengado por el personal activo, como quiera que el Decreto 2863 de 2007 al determinar este aumento no condiciono su aplicación al tiempo de servicio prestado por el ex servidor, como si se estableció para las demás prestaciones sociales.

2.4 Principio de oscilación

El principio de oscilación fue instituido como un mecanismo de nivelación o de reajuste de las asignaciones del personal de la Fuerza Pública en retiro, de acuerdo con las variaciones que sufre cada retribución de actividad dependiendo del grado respectivo.

El artículo 169 de Decreto 1211 de 1990 desarrolló el principio de oscilación, en los siguientes términos:

“Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 de este Decreto. En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo



*Demandante: Álvaro Antonio Vargas Álvarez
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Expediente: 15001 33 33 013 2013 00240 01*

legal. Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.

PARÁGRAFO. Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de Oficiales Generales y de Insignia, Coroneles y Capitanes de Navío, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto."

A su vez, el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 hizo referencia al principio de oscilación aplicable a las asignaciones de retiro y de la pensión, previendo para ello que:

"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."

Posteriormente, la Ley 923 de 2004, artículo 3º numeral 3.13 contempló que *"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"*.

En consecuencia, la finalidad del principio de oscilación de acuerdo con las normas citadas, es actualizar las asignaciones de retiro o mesadas pensionales aplicando de forma especial un reajuste que equipare o nivele su situación pensional respecto a los aumentos de los cuales se benefician los miembros activos del Ejército Nacional.



Demandante: Álvaro Antonio Vargas Álvarez
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Expediente: 15001 33 33 013 2013 00240 01

De igual manera, el Consejo de Estado en relación con el principio de oscilación y su aplicación en las asignaciones de retiro y pensiones del personal de la Fuerza Pública ha dicho lo siguiente:

*“Por el principio de oscilación que gobierna las asignaciones de retiro y de pensiones de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, dichas prestaciones sociales se liquidan tomando en cuenta **las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base liquidación de las prestaciones sociales, (...)**”¹⁰ (Negrilla fuera del texto)*

De lo anterior se puede inferir que el incremento porcentual de la prima de actividad a tener en cuenta para la liquidación de la asignación de retiro y/o pensión debe ser el mismo que se aplique al personal activo.

2.5 Principio de favorabilidad

El principio de favorabilidad en materia laboral previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, consiste en la obligación de aplicar o interpretar las normas que regulan prerrogativas en favor de sus destinatarios o trabajadores de la manera más favorable.

En este mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia C 168 de 1995, preciso que se le brinda una condición más beneficiosa al trabajador cuando de la aplicación o interpretación de las normas que reglamentan su aspecto prestacional se le garantiza el principio de favorabilidad, todo lo cual se señala a continuación en términos de la Corte:

¹⁰ Ver Sentencia enero 19 de 2006; Consejero Ponente: ALBERTO ARANGO MANTILLA, Radicación número: 68001-23-15-000-1999-02792-01(2730-05, Actor: LISÍMACO GALINDO. Así mismo se puede remitir a las Sentencias de enero 29 DE 2007; MP. Jaime Moreno García, Rad. 2005-003093-01 (175-07) y Sentencia de 27 de abril de 2006; MP. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, Rad. 2003-001187-01 (6055-5), entre otras.



*Demandante: Álvaro Antonio Vargas Álvarez
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Expediente: 15001 33 33 013 2013 00240 01*

"De otra parte, considera la Corte que la "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro Ordenamiento Superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho", precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso.

De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador.

La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador." (Negrilla fuera del texto)

En consecuencia, en virtud del principio de favorabilidad y en aras de garantizar los intereses del trabajador, corresponde interpretarse que el porcentaje de la prima de actividad para el personal retirado no resulta equivalente lo previsto en el inciso segundo del artículo 2º del Decreto 2863 de 2007, con el artículo 4º del mismo decreto.

2.6. CASO CONCRETO

Según lo expuesto en el acápite fáctico y de acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente, se puede colegir de la Hoja de Servicios¹¹ que el señor Álvaro Antonio Vargas Álvarez se retiró el 10 de febrero de 2001, con 21 años, 2 meses y 22 días, haciéndose acreedor del 25% por concepto de la prima de

¹¹ Visible a folio 16.



Demandante: Álvaro Antonio Vargas Álvarez
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Expediente: 15001 33 33 013 2013 00240 01

actividad dentro de su asignación de retiro, tal como lo dispone el artículo 159 del Decreto 1211 de 1990.

Mediante Resolución 420 de 18 de marzo de 2004¹², la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, le reconoce y paga su asignación de retiro en cuantía del 74% del sueldo de actividad correspondiente a su grado, cuyos valores se liquidaron de acuerdo al sueldo básico, con el cómputo de las siguientes partidas y respectivos porcentajes:

"Sueldo Básico de Actividad:	
Prima de Actividad:	25%
Prima de Antigüedad	21%
Subsidio Familiar	43%
Prima de Navidad	1/12"

Posteriormente, el actor en virtud del aumento de la prima de actividad dispuesto por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 2863 de 2007, solicitó por medio de escrito de 23 de agosto de 2013¹³ ante CREMIL el reajuste del dicho factor del 37.5% al 49.5 para efectos de liquidar su asignación de retiro.

Con Oficio No. 2013-49016 de 5 de septiembre de 2013¹⁴, la entidad accionada resuelve de manera negativa su petición, indicándole que se autorizó con sustento en el Decreto 2863 de 2007 el incremento de su prima de actividad en un 50% del porcentaje que venía devengando, es decir, 12.5% teniendo en cuenta que inicialmente percibía por tal concepto el 25%, correspondiendo así en total al 37.5%, a partir del 1º de julio de 2007. Por tal razón no era posible acceder a su pretensión.

A criterio de la Sala, la entidad demandada aplicó erróneamente la disposición citada, puesto que de conformidad con el espíritu de la norma, cuando hace

¹² Fl. 17 a 21

¹³ Fl. 13 a 14

¹⁴ Reposo a folio 15



Demandante: Álvaro Antonio Vargas Álvarez
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Expediente: 15001 33 33 013 2013 00240 01

referencia al incremento de la prima de actividad para la asignación de retiro, en un porcentaje 50% no es frente al porcentaje que ya viene siendo reconocido, sino sobre el 50% del porcentaje que percibe el personal activo, es decir, del 33% de cuya operación aritmética resulta el 16.5%, máxime si dicho precepto no condicione su aplicación porcentual al tiempo de servicio prestado por el interesado y además en su artículo 4^o¹⁵ contempló la efectivización del principio de oscilación.

Es así, que al remitirnos al presente caso la Sala determina que el actor tiene derecho a que su asignación de retiro sea reajustada tomando como base porcentual de la prima de actividad el mismo que se haya tenido en cuenta al personal activo, esto es, el 16.5% que sumado al 25% corresponde al 41.5% por concepto de dicha partida.

Advierte, la Sala que al petente se le aumentó a partir del 1º de julio de 2007 la prima de actividad en un 12.5%, cancelándosele en total por tal factor el 37.5%, desencadenando la ilegalidad del acto acusado, por cuanto el incremento debió ser del 41.5%, lo que implica nulitar el acto acusado, ordenando a título de restablecimiento del derecho a CREMIL que reconozca y pague la diferencia que surgió entre lo que debió ser liquidado y lo que en efecto se le pago al demandante, pago que se hará sin perjuicio del fenómeno de la prescripción.

2.7 Prescripción

Al respecto este Tribunal en sentencia de 9 de marzo de 2015¹⁶ estableció un horizonte o postura sobre la aplicación de la prescripción cuatrienal a las mesadas pensionales, teniendo en cuenta que al interior de la Sección Segunda del Consejo de Estado no existe paridad de criterio en relación a si es procedente la prescripción cuatrienal o trienal. Para lo cual señaló:

¹⁵ Decreto 2863 de 2007

¹⁶ M.P. Dr. Fabio Iván Afanador García; Ref. 150013333005201300139-01; Actor: Víctor Manuel Carrillo Carrillo



Demandante: Álvaro Antonio Vargas Álvarez
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Expediente: 15001 33 33 013 2013 00240 01

“Ante la diversidad de criterios que fue advertida de manera precedente, es deber de esta Sala determinar cuál de ellos se aplicará al presente caso, para lo cual se analizará la naturaleza de la normatividad que regula la prescripción aplicable al reajuste de las asignaciones percibidas por los miembros de la fuerza pública.

Así las cosas, cabe recalcar que la Ley 923 de 2004 debe ser catalogada como Ley marco o cuadro porque define principios y criterios generales, que orientan la tarea estatal de regulación de los asuntos sometidos a dicha institución, es decir, estructura un marco dentro del cual el ejecutivo debe dictar los reglamentos encargados de desarrollar los principios y criterios señalados por el legislador; en virtud de lo cual fue expedido por el Gobierno Nacional el Decreto 4433 del 2004.

*Teniendo en cuenta, entonces, el carácter restrictivo que implica el fenómeno de la prescripción en el ejercicio de un derecho sustancial, como lo es en este caso el derecho al reajuste de la asignación de retiro, la Sala considera que cualquier modificación a la prescripción, por tocar con el ejercicio mismo de derechos fundamentales (la pensión y la acción judicial), es de reserva estrictamente legal, no pudiendo el Gobierno Nacional alegar ni oponer su facultad reglamentaria. Por consiguiente, **la Sala inaplicará la reducción del término prescriptivo por su contradicción a la norma superior; contrario sensu, aplicará la prescripción cuatrienal de que trata el Decreto Ley 1211 de 1990**”. (Negrilla fuera del texto)*

A efectos de definir lo concerniente a la prescripción, la Sala indica en primer lugar que el derecho al reajuste de la asignación de retiro no prescribe, sin embargo si es predicable de las mesadas pensionales a pagar.

De tal suerte, que teniendo en cuenta que el actor presentó el 23 de agosto de 2013 solicitud del reajuste de la prima de actividad, la Sala procederá a ordenar a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconocer el incremento de la prima en los términos de los artículos 2º y 4º del Decreto 2863 de 2007 a partir del 1º de julio de 2007, y el pago de las diferencias que se causaron entre lo liquidado y lo que en realidad debió ser cancelado desde el 23 de agosto de 2009 por efectos de la prescripción cuatrienal.

Así las cosas, esta Sala revocará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda interpuesta por el señor Álvaro Antonio Vargas



Demandante: Álvaro Antonio Vargas Álvarez
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Expediente: 15001 33 33 013 2013 00240 01

Álvarez contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, para en su lugar acceder a ellas, en los términos que se dispondrán en la parte decisoria de esta providencia.

2.8 DE LAS COSTAS

Del mismo modo no se condenara en costas a ninguno de los sujetos procesales, dado que en el presente asunto no se configurada ninguna de las reglas fijadas en el artículo 365 del C.G.P., máxime si en ésta segunda instancia el recurso de apelación propuesto por la parte demandante le fue resuelto de manera favorable.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 6 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

3. RESUELVE

PRIMERO.- REVÓCASE la sentencia de 17 de marzo de 2015, proferida por el Juzgado Trece Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

SEGUNDO.- DECLÁRASE la nulidad del Oficio No. 2013-49016 de 5 de septiembre de 2013 emitido por la Subdirección de Prestaciones Sociales de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, que negó la aplicación del reajuste de la prima de actividad del actor de conformidad con el Decreto 2863 de 2007.

En consecuencia,

TERCERO.- ORDÉNASE a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reajustar la prima de actividad en la asignación de retiro del señor ÁLVARO ANTONIO VARGAS ÁLVAREZ, en un porcentaje del 41.5%, a partir del 1° de julio de 2007.



Demandante: Álvaro Antonio Vargas Álvarez
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Expediente: 15001 33 33 013 2013 00240 01

CUARTO.- ORDÉNASE a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares pagar a partir del 23 de agosto de 2009, en favor del señor ÁLVARO ANTONIO VARGAS ÁLVAREZ la diferencia de su asignación de retiro, por concepto de reajuste de la prima de actividad, en virtud de la prescripción cuatrienal.

Las sumas que resulten a favor del demandante deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DAÑE teniendo en cuenta para el efecto la fórmula que dese antaño ha sido debidamente sustentada por el Honorable Consejo de Estado, y que tiene por objeto traer a valor presente las diferencias que dejó de percibir el demandante, protegiéndose así a la persona de los altos índices de desvalorización monetaria.

R = R.H. ÍNDICE FINAL
ÍNDICE INICIAL

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de reajuste de su asignación de retiro, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DAÑE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará mes por mes, para cada asignación salarial, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos. La fórmula se aplicará hasta cuando quede ejecutoriada la sentencia, pues en adelante se pagarán los intereses establecidos en el numeral 4 del artículo 195 del CPACA. Se dará cumplimiento a la sentencia igualmente, de conformidad a lo establecido en el artículo 192 del CPACA.



Demandante: Álvaro Antonio Vargas Álvarez
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Expediente: 15001 33 33 013 2013 00240 01

QUINTO.- DECLÁRASE probada de oficio la excepción de prescripción del pago de las diferencias por concepto de las mesadas por el periodo comprendido entre el 1º de julio de 2007 y el 22 de agosto de 2009.

SEXTO. DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO.- No se condena en costas por no encontrarse probadas dentro del proceso.

OCTAVO.- DÉSE cumplimiento a la presente providencia dentro de los términos establecidos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 - CPACA.

NOVENO.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Magistrado

LUIS ERNESTO ARCINIÉGAS TRIANA

Magistrado

ANA YASMÍN TORRES TORRES
Magistrada

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA**

NOTIFICACION POR ESTADO
El auto anterior se notifica por estado

No. 25 de hoy, 16 FEB 2016

EL SECRETARIO

HOJA DE FIRMAS

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
 Demandante: Álvaro Antonio Vargas Álvarez
 Expediente: 15001 33 33 013 2013 00240 01