Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00275-00

Cartagena de Indias D. T y C, veintiuno (21) de Septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Radicado	13-001-33-33-008-2016-00275-00
Demandante	OTONIEL BENAVIDES SALCEDO
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
Tema	PRIMA DE ACTIVIDAD
Sentencia No	0171

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Oral Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por **OTONIEL BENAVIDES SALCEDO**, a través de apoderado judicial, contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL**.

2. ANTECEDENTES

- PRETENSIONES

PRIMERO: Declárese la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 2015-5723 de fecha 1° de Febrero de 2015, emanado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares - CREMIL, por medio del cual se le negó la solicitud del demandante dirigida a que se le reajuste su asignación de retiro, adicionándole el 24.5% de la Prima de Actividad, desde el 1° de junio de 2004 hasta el 30 de junio de 2007 y del 12% desde el 01 de julio de 2007 hasta la fecha que le sea reconocida.

SEGUNDO: Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene el reajuste de la asignación de retiro del demandante, adicionándole los porcentajes correspondientes a la prima de actividad dejadas de reconocer a partir del 1° de enero de 2005 hasta la fecha en que se dicte la sentencia condenatoria.

TERCERO: Que se condene a la entidad demandada a pagar a favor del demandante con retroactividad el 24.5% de la Prima de Actividad, desde el 1° de junio de 2004 hasta el 30 de junio de 2007 y del 12% desde el 01 de julio de 2007 hasta la fecha que le sea reconocido dicho derecho.

CUARTO: Ordenar a la entidad demandada cancelar a favor del demandante los intereses moratorios sobre los dineros provenientes del reconocimiento de la aplicación de los porcentajes señalados en los numerales anteriores a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia.

- HECHOS

Como fundamentos facticos de su acción, la parte demandante, en resumen, planteó los siguientes:

1-Manifestó, que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, le reconoció Asignación de Retiro al demandante.

2-Argumentó, que, como la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, en la resolución No 0895 del 19 de Julio de 1985 le reconoció en la asignación de retiro, incluyendo como partida computable la prima de actividad en un porcentaje del 25%, le adeuda un 24.5% de prima de actividad, desde el 1° de Junio de 2004 hasta el 30 de Junio de 2007, y del 12% desde el 1° de Julio de 2007.

3-Agregó, que, el accionante a través de derecho de petición, le solicitó a CREMIL, que incrementara el porcentaje de la Prima de Actividad, re liquide y realice el correspondiente reajuste de la Asignación de Retiro, y que, dicha entidad le negó tal solicitud.

- FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES

Invocó como normas violadas, los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 13, 46, 48, 53, 95 y 218 de la Constitución Política de Colombia, Decreto 1157 de 2014, 5 de la Ley 57 de 1887, Ley 153 de 1887, 1 de la Ley 923 de 2004, 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, 269 de la Ley 1437 de 2011, Decreto 2070 de 2003, Decreto 4433 de 2004, 34 de la Ley 2 de 1945.

Como concepto de la violación de las normas, en resumen, planteó lo siguiente:

Señaló, que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, con negarse a aumentar la prima de actividad del demandante en un 24.5%, está desconociendo lo preceptuado en el inciso adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo 1° de 2005, el cual establece que en materia pensional se respetaran los derechos adquiridos, y además de otras normas de la Constitución Policita de Colombia, lo preceptuado en el artículo 53 de la misma, puesto que la asignación de retiro del demandante está por debajo del monto que reciben otros funcionarios que desempeñan iguales funciones a las desempeñadas por él.

- CONTESTACIÓN

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, contesto la demanda en los siguientes términos:

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Defensa Nacional, encargado de reconocer y pagar las asignaciones de retiro y pensiones de beneficiarios a los afiliados que acrediten tal derecho, con sujeción a la normatividad aplicable y vigente a la fecha de reconocimiento.

Al respecto, es del caso señalar que desde la misma Constitución de 1886, los derechos y obligaciones, así como el régimen de carrera, prestacional y disciplinario de los miembros de las Fuerzas Militares, han hecho parte de un régimen especial que le es propio, diferente del régimen general al cual hacen parte todos los demás trabajadores; dicha situación actualmente, se encuentra contenida en el artículo 217 inciso 3 de nuestra carta magna.

En desarrollo de los preceptos constitucionales, se han proferido diferentes disposiciones legales, por las cuales se reglamenta y organiza la carrera de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares como son entre otros los Decretos 3071 de 1968, Decreto 2337 de 1971, Decreto 612 de 1977, Decreto 089 de 1984, Decreto 095 de 1989, Decreto Ley 1211 de 1990, y actualmente se encuentra vigente el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004.

Con fundamento al tiempo de servicio acreditado por el actor, la Entidad le reconoció el 25% como partida computable por concepto de prima de actividad dentro de su asignación de retiro, hasta la expedición del decreto 2863 de 2007, con el cual dicho porcentaje fue incrementado en un 12.5%, porcentaje reconocido al militar de acuerdo al tiempo de servicios acreditado, haciendo claridad que el porcentaje reconocido al actor fue el tope máximo permitido por el legislador, para la época.

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

- TRAMITES PROCESALES

La demanda fue presentada el día 23 de Noviembre del año 2016, siendo admitida mediante auto adiado 30 de Noviembre de la misma anualidad, siendo notificada al demandante por estado electrónico 196.

Posteriormente fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público el 22 de Marzo de 2017 de conformidad con el artículo 199 del CPACA.

Posteriormente, mediante auto de fecha 02 de Agosto de 2017 se citó a las partes a audiencia inicial para el día 21 de Septiembre de 2017, conforme con el artículo 180 del CPACA, en la cual se cerró el debate probatorio y se ordenó la presentación de alegatos orales en la misma diligencia, para lo cual se concedió un término de 10 minutos.

- ALEGACIONES

DE LA PARTE DEMANDANTE. No asistió a la audiencia.

DE LA PARTE DEMANDADA:

CREMIL. Esencialmente se ratifica en lo expuesto en su contestación de la demanda, esto es, que al demandante se le ha incluido en su asignación de retiro los porcentajes de ley en lo atinente a prima de actividad.

MINISTERIO PUBLICO: No emitió concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

4. CONSIDERACIONES

- PROBLEMA JURIDICO

Corresponde al despacho determinar si al demandante le asiste el derecho al reajuste y reliquidación de su asignación de retiro en el sentido de que se incluya la prima de actividad de conformidad con el decreto 2863 de 2007.

- TESIS

La norma aplicable para reconocer la asignación de retiro es la que está vigente al momento del reconocimiento del derecho, no la posterior aunque sea más favorable. Al respecto la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha sido absolutamente clara, al determinar que la

disposición aplicable en estos asuntos, es aquella vigente a la fecha del retiro[1], de manera que, no le es viable al demandante, exigir la aplicación de un régimen posterior, aun cuando este sea más favorable.

Por las consideraciones anteriores, se concluye que la prima de actividad se estableció como una prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares, 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, por ende, dicha prestación debe ser liquidada conforme a la normativa vigente para la fecha en que el demandante estuvo activo teniendo en cuenta su finalidad y objeto legal.

En lo que concierne al incremento al porcentaje de la prima de actividad al 49.5% a partir del 1º de Julio de 2007, y por aplicación del principio de oscilación, considera esta judicatura que ello no es procedente, toda vez que el Decreto 2863 de 2007, en ninguna parte de su articulado establece disposición alguna que permitiese incrementar la asignación del actor en ese porcentaje, sino que como ya se expresó arriba, el incremento sería sólo de un 50% de lo que venía recibiendo, que para su caso sería el 12.5 % sumándole el 25% que ya venía recibiendo, arroja un total de 37.5%, siendo dicho porcentaje el que actualmente el demandante viene recibiendo por prima de actividad como partida computable de su asignación de retiro.

Igualmente, se puede verificar, que en el año de retiro la prima de actividad le fue liquidada en un porcentaje de 25%, y que en la actualidad se le cancela en un porcentaje de 37.5%, es decir, que se cumplió por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares lo establecido en el Decreto 2863 de 2007, el cual corresponde al 50% que era lo que se le venia cancelando a OTONIEL BENAVIDES SALCEDO, por concepto de prima de actividad.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La prima de actividad se consagró como un factor que tiene relevancia, como su nombre lo indica, para aquellos servidores de la Fuerza Pública en estado de servicio activo que es una retribución que se le asigna al servidor como un porcentaje de su sueldo básico.

Así mismo, la prima de actividad por expreso mandato normativo, constituye un factor que integra los conceptos que ha de tener en cuenta la Caja de Retiro correspondiente a efectos de liquidar la Asignación de Retiro de los miembros de la fuerza Pública.

En ejercicio de la referida por la Ley 19 de 1983[2] se expidió el **Decreto 089 de 1984**, mediante el cual se reorganizó la carrera de Oficiales y Suboficiales de la Fuerzas Militares.

Esta disposición estableció la prima de actividad para el personal en servicio activo en cuantía equivalente al 33% por ciento del respectivo salario o sueldo básico (Art.80). En el mismo sentido

---

Consejo de Estado, Seccion Segunda, Subseccion "A". Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia de 28 de enero de 2010. Radicación nº 25000 23 25 000 2007 00900 01 (1615-08). Actor: Ismael Enrique Talero Suárez. Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subseccion "B". Consejero Ponente: Dr. Victor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia de 16 de abril de 2009. Radicación Nº 25000232500020021019 4 01. Actor: Blanca Luz Restrepo Córdoba. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subseccion "B". Consejero Ponente: Dra. *Bertha Lucia Ramirez de Páez*. Sentencia de 26 de marzo de 2009. Radicación Nº 73001233100020060096 4 01. Actor: Oscar Gómez Briñez.

[2] 1"Que revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para reorganizar el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y las entidades descentralizadas del sector, y para modificar las normas que regulan las carreras del personal al servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional."
2"Que revistió de facultades al Presidente de la República para reformar los estatutos de carrera de Oficiales, Suboficiales y Agentes de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional; el régimen disciplinario para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; el estatuto de Capacidad Psicofísica, Incapacidades, Invalideces e Indemnizaciones del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, Soldados, Grumetes, Agentes, Alumnos de las Escuelas de Formación y Personal Civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional; y Reformar los Reglamentos de Calificación y Clasificación para el personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional"

Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00275-00

se incluyó la Prima de Actividad como factor o concepto integrante para liquidar la Asignación de retiro (Art.151).

Posteriormente, como efecto de las facultades conferidas de la ley 5ª de 1982, se expide el **Decreto 095 de 1989** regulando la prima de actividad en su artículo 82 con el siguiente tenor literal:

> *"Art.82: Prima de Actividad. 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."*

Igualmente la citada normatividad dispuso incluir la prima de actividad para el cómputo de las prestaciones y en la asignación de retiro, regulados así:

> *"Artículo 154. Cómputo de la Prima de Actividad. A los oficiales o 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) años de servicio pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (**20%**).-*
> - *Para individuos con veinte (20) años de servicio pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (**25%**).-*
> - *Para individuos con veinticinco (25) años de servicio pero menos de treinta*
> - *(30), el treinta por ciento (**30%**).*
> - *Para individuos con más de treinta (30), el treinta y tres por ciento (**33%**)."-*

Se anota que el Decreto 095 de 1989 derogó de manera expresa, el Decreto de 089 de 1984.

Siguiendo el orden cronológico normativo, el Congreso de la República expide la **Ley 66 de 1989** mediante el cual le otorgó facultades protempore al Presidente de la República para, entre otros, reformar los estatutos del personal de **Oficiales, Suboficiales y Agentes de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional,** en las siguientes materias: disposiciones preliminares; jerarquía; clasificación, escalafón, ingreso, formación y ascenso; administración de personal; asignaciones, subsidios, primas, dotaciones y descuentos, traslados, comisiones, pasajes, viáticos y licencias; suspensión, retiro, separación y reincorporación; régimen general de prestaciones sociales; reservas, normas para alumnos de las escuelas de formación; trámite para reconocimientos prestacionales y disposiciones varias.

Amparado en ella expide el **Decreto 1211 de 1990** "*por medio el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares*". Este Decreto no tuvo variación en cuanto a la regulación de la Prima de Actividad tanto para el personal en servicio activo como para el retirado, conservando los porcentajes en relación con el tiempo servido para efecto de cuantificar su inclusión en la asignación de retiro respeto de las disposiciones del Decreto 095 de 1989. En efecto, el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 consagró la Prima de Actividad para el personal en servicio activo así:

> *"ARTICULO 84. PRIMA DE ACTIVIDAD. 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".*

Por su parte, en relación con su inclusión en la asignación de retiro, sus porcentajes con relación al tiempo servido se reguló en al artículo 159 de la siguiente manera:

"ARTICULO 159. COMPUTO 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 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%**)".*

Se tiene entonces que el Decreto 1211 de 1990 estableció el cómputo de la prima de actividad para 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** en la siguiente forma:

"ARTICULO 160. RECONOCIMIENTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A 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 se les computará 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".

Hasta este momento se tiene que existen unas disposiciones que regularon de manera uniforme, y más o menos pacifica, la inclusión de la prima de actividad, tanto en el Salario o sueldo básico de los miembros en servicio activo de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, y luego como concepto o factor para liquidar las asignaciones de retiro, en un porcentaje que dependía del tiempo de servicio de los oficiales y suboficiales al momento de su pase a retiro.

Luego de las disposiciones anteriores al Decreto 1211 de 1990, se expide la **ley 797 de 2003** mediante el cual se señalan 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.

"ARTÍCULO 17. FACULTADES EXTRAORDINARIAS. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístese por seis (6) meses al Presidente de la República de facultades extraordinarias para:

3. Expedir normas con fuerza de ley para reformar los regímenes pensiónales propios de las Fuerzas Militares y de Policía y DAS de conformidad con los artículos 217 y 218 de la Constitución Política".

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00275-00

En desarrollo de la precitada normatividad, se expide el **Decreto 2070 de 2003** "*Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares*". En el Decreto que nos ocupa, al regular la Asignación de Retiro y de manera especial y concreta las partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares dispuso:

> *"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 la novedad fiscal de retiro.*
>
> *13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad devengada.*
>
> *13.2 Soldados profesionales.*
>
> *13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1o 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 especificamente 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".*

Por su parte, en relación con los porcentajes de la las partidas computables para efectos de liquidar la Asignaciones de retiro de las Fuerzas Militares, el artículo 15 del Decreto 2070 de 2003 señaló:

> *"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*** *y 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:*
>
> *15.1 Setenta 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, 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 adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (**95%**) de las partidas computables".*

Debe decirse respecto del Decreto 2070 de 2003 que fue declarado inexequible mediante la Sentencia **C-432 de 2004** con fundamento en los siguientes argumentos:

"Por consiguiente, las obligaciones que surgen del régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública, son susceptibles de regulación exclusivamente mediante ley marco y no admiten, en su desarrollo, otra modalidad normativa, principalmente, a través del ejercicio de facultades extraordinarias por expresa prohibición constitucional (C.P. art. 150, num. 10). En efecto, el otorgamiento de facultades al Presidente de la República para regular de manera general y abstracta un asunto sometido a reserva de ley marco, desconocería el ejercicio de la competencia concurrente que para la regulación de dichas materias ha establecido el Constituyente: Entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional.

15. Es evidente para la Corte que las normas acusadas previstas en el Decreto-Ley 2070 de 2003, al regular el régimen prestacional de los miembros de la fuerza pública y, en especial, la asignación de retiro, a través del otorgamiento de facultades extraordinarias, desconocen lo previsto en el artículo 150, numerales 10 y 19, literal e), de la Constitución Política, en cuanto el régimen prestacional allí establecido, debe regularse por el Congreso de la República mediante normas que tengan un carácter general, conocidas en nuestro sistema como leyes marco y no, por intermedio de una habilitación legal, valiéndose para el efecto de facultades extraordinarias."

Y Agregó en relación con *toda* la normatividad en estudio:

"18. En el asunto bajo examen, tanto el Decreto-Ley 2070 de 2003 "Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional" como su ley habilitante, al conformar un solo conjunto regulador sujeto a unos mismos principios y reglas, constituyen un sistema normativo entrelazado, frente al cual esta Corporación debe proferir un fallo unívoco.

En efecto, todo el contenido normativo del Decreto-Ley 2070 de 2003, se destina a regular el régimen pensional de los miembros de la fuerza pública, señalando, entre otras materias: Su campo de aplicación (art. 1°), la garantía de los derechos adquiridos en materia de asignación de retiro y otras pensiones (art. 2°), los principios que regulan las prestaciones de asignación de retiro y otras (art. 3°), los factores salariales susceptibles de constituir el ingreso base de liquidación de las citadas prestaciones (arts. 4°, 5° y 6°), la forma de computar el tiempo de servicio para la debida liquidación prestacional (arts. 7°, 8°, 9° y 10), el régimen de beneficiarios (arts. 11 y 12), la asignación de retiro y pensión de sobrevivientes del personal de las fuerzas militares (arts. 13 a 22), la asignación de retiro y pensión de sobrevivientes del personal de la policía nacional (arts. 23 a 29), la pensión de invalidez para los miembros de las fuerzas militares y de la policía nacional (arts. 30 a 33), otras disposiciones relacionadas (arts. 34 a 45) y la vigencia (art. 45).

Por ello, si todo el Decreto-Ley 2070 de 2003 es contrario a la Constitución Política por vulnerar la reserva de ley marco, debe integrarse cabalmente la unidad normativa, en el entendido que conforma un sistema normativo integral con la ley habilitante. Lo anterior, con el propósito de impedir que en el ordenamiento jurídico continúen

Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

produciendo efectos en derecho disposiciones que desconocen la naturaleza jerárquica del Texto Superior.

Por lo anterior, la Corte declarará en la parte resolutiva de esta providencia inexequibles tanto el numeral 3° del artículo 17 de la Ley 797 de 2003, como el Decreto 2070 de 2003, por vulnerar la reserva de ley marco prevista en el artículo 150, numeral 19, literal e), de la Constitución, al conferir facultades extraordinarias para regular el régimen prestacional especial de los miembros de la fuerza pública, contra expresa prohibición constitucional prevista en el numeral 10 de la misma disposición del Texto Superior."

Es así como el Decreto 2070 de 2003, en su integridad, fue declarado inexequible por la Honorable corte Constitucional generando como efecto de derecho, el que la legislación que le precedía y que regulaba las asignaciones de retiro, concretadas en el Decreto 1211 de 1990, recobraran toda su vigencia y validez. Así lo dispuso la sentencia que viene relacionada en los siguientes términos:

"24. Finalmente, la declaratoria de inexequibilidad del Decreto 2070 de 2003 y del numeral 3° del artículo 17 de la Ley 797 de 2003, no implica crear un vacío legal que dejará a los miembros de la fuerza pública sin los presupuestos legales indispensables para garantizar las prestaciones sociales que amparen sus contingencias de tipo pensional.

Sobre la materia es pertinente recordar que la Corte ha considerado que "la expulsión del ordenamiento de una norma derogatoria por el juez constitucional implica, en principio, la automática reincorporación al sistema jurídico de las disposiciones derogadas, cuando ello sea necesario para garantizar la integridad y supremacía de la Carta".

Por consiguiente, es procedente reconocer la reincorporación automática de las normas anteriores que consagraban el régimen de asignación de retiro y de otras prestaciones a favor de los miembros de la fuerza pública, y que había sido derogado por el Decreto 2070 de 2003, en la medida en que su vigencia permite salvaguardar los derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y trabajo de los citados funcionarios, como emanación de la supremacía de la parte orgánica del Texto Fundamental.

Al tenor de lo expuesto, se concluye que las disposiciones derogadas o modificadas por el Decreto 2070 de 2003, adquieren plena vigencia." (Subrayas fuera de texto)

Surge como ratio decidendi de la sentencia de constitucionalidad que se cita, que el régimen prestacional de la Fuerza Pública sólo puede ser expedido en desarrollo de una ley marco creada por el Congreso de la República y por tanto, el Presidente de la República carece de facultades para regular la materia mediante una norma jurídica distinta.

El discurrir normativo nos conduce a la expedición de la **Ley 923 de 2004** "Mediante la cual se señalan 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". Con apoyo en la citada ley, se expide el **Decreto 4433 de 2.004**, que en su artículo 13 dice:

ARTICULO 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:*

3.1 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 6o 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 1o del Decreto-ley 1794 de 2000.

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

PARAGRAFO: - 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.

Del artículo anterior, se observa que hubo un cambio frente a la redacción que tenía el artículo 158 del decreto ley 1211 de 1990, puesto que en el nuevo artículo se expresa que entre las partidas computables para liquidar las asignaciones de retiro, está la prima de actividad, pero sin agregarle lo atinente a los porcentajes que entre el 15% y el 33% que traía el artículo 159 del Decreto ley 1211 de 1990.

Adviértase además que tanto el declarado inexequible Decreto 2070 de 2003, como el Decreto reglamentario 4433 de 2.004, son explícitos y claros en señalar el ámbito de aplicación temporal y material de sus disposiciones. En efecto, todos los Decretos que vienen enunciados con posterioridad al 1211 de 1990, apuntan a prescribir, que la regulación en ellas contenidas[3]

Desde el punto de vista material y personal, comprenden a aquellos miembros de las Fuerzas Militares *que hayan ingresado a partir de la vigencia de los mismos, o que se encuentren en servicio activo la entrada en vigencia y sean retirados.*

De manera pues que si bien es cierto que el numeral 13.1.2.del art. 13 del Decreto 4433 de 2004, tuvo una redacción diferente a la del artículo 158 del Decreto ley 1211 de 1990, pues en el primero nada se dijo referente a porcentajes atados a tiempo de servicios para incrementar la prima de actividad como factor computable de las asignaciones de retiro, no obstante la Sala considera que ello no significó que el gobierno hubiese derogado mediante dicho decreto las disposiciones que sobre la materia trae el art. 159 del Decreto Ley 1211 de 1990.

Así las cosas, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 no hizo más que reiterar que la prima de actividad es uno de los componentes para la liquidación de la asignación de retiro, pero no reguló el tema relativo a la variación porcentual de la misma para su posterior inclusión en la asignación

[3] Art. 13 del Decreto 2070 de 2.003 "que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto" artículo 14 "Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, que sean retirados ..." y artículo 15 Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto
"Artículo 14 del Decreto 4433 de 2.004 "Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados"

Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00275-00

de retiro, por lo tanto en ese aspecto, se siguió en plena vigencia y eficacia, el contenido de los artículos 84, 159 y concordantes del Decreto 1211 de 1990.

En ese mismo orden de ideas, para todos los efectos legales relativos a la liquidación y reconocimiento de la Asignación de retiro de aquellos servidores que adquirieron el status de retirado antes del Decreto 1211 de 1990, hasta ese momento debía estarse a la normativa bajo cuya vigencia el Oficial y suboficial alcanzó el reconocimiento de dicha prestación, normas estas que en nada se oponen al contenido del Decreto 4433 de 2004.

En efecto siguiendo el orden cronológico normativo, tenemos que ya más recientemente fue expedido por el Gobierno Nacional el Decreto reglamentario No. 2863 de julio 27 de 2007, el cual en su artículo 2º dispuso:

"*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%)". (Negrillas fuera del texto)

Y en el artículo 4º ibídem señaló:

> *"**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"* (Negrillas fuera de texto)

Es decir, que a partir de la expedición del Decreto Reglamentario No. 2863 de 2007, de manera expresa el Gobierno Nacional implementó un nuevo mecanismo o sistema para incrementar el porcentaje de la prima de actividad como partida computable de las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares obtenidas antes del 1º de Julio de 2007, y que es el principio de la oscilación previsto por el artículo 42 del decreto 4433 de 2004.

Finalmente se expidió con relación a la prima de actividad, el decreto 673 de Marzo 4 de 2008, que en el artículo 31 dispuso lo siguiente:

> *"Artículo 31. La prima de actividad de que trata el artículo 38 del decreto 1214 de 1990, los artículos 84 del decreto ley 1211 de 1990, 68 del decreto ley 1212 de 1990, será del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%)*
>
> *Para el computo 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%)". (Negrillas fuera de texto)*

Ahora, con relación al denominado principio de oscilación, cabe señalar que el mismo es un sistema de reajuste de las asignaciones de retiro de los miembros de las fuerzas militares de acuerdo con las variaciones o modificaciones que se introduzcan anualmente en las asignaciones de actividad para cada grado por el gobierno nacional y que tiene como objetivo mantener el poder adquisitivo de las asignaciones de retiro, y preservar el derecho a la igualdad entre militares en actividad y en retiro.

Dicho principio de oscilación, para el ramo de las fuerzas militares, ha venido consagrado de forma inalterable desde hace varios años pudiendo citar por ejemplo el art. 139 del Decreto 2337 de 1971, que decía lo siguiente:

> ***"Artículo 139. Oscilación de asignaciones de retiro y pensiones.*** *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 131 de este decreto. 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".*

Otras disposiciones como el artículo 169 del decreto ley 1211 de 1990 lo consagraron de la siguiente manera:

> ***"Artículo 169. Oscilación de asignación de retiro y pensión.*** *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 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".*

Posteriormente los Decretos 2070 de 2003 art. 42 y 4433 de 2004 artículo 42, mantuvieron la misma redacción que tenía el principio de oscilación de la asignación de retiro y de la pensión.

Con fundamento en todas las anteriores consideraciones expuestas, pasa el Despacho a analizar y resolver el caso concreto que se discute en el presente proceso.

- CASO CONCRETO

El señor OTONIEL BENAVIDES SALCEDO, egresó de la Armada Nacional y se le reconoció asignación de retiro mediante resolución No. 0895 de 1985, tal como se puede verificar a folio 16 del expediente.

En lo que concierne al incremento al porcentaje de la prima de actividad al 49.5% a partir del 1° de Julio de 2007, y por aplicación del principio de oscilación, considera esta judicatura que ello no es procedente, toda vez que el Decreto 2863 de 2007, en ninguna parte de su articulado establece disposición alguna que permitiese incrementar la asignación del actor en ese porcentaje, sino que como ya se expresó arriba, el incremento sería sólo de un 50% de lo que venía recibiendo, que para su caso sería el 12.5 % sumándole el 25% que ya venía recibiendo, arroja un total de 37.5%, siendo dicho porcentaje el que actualmente el demandante viene recibiendo por prima de actividad como partida computable de su asignación de retiro.

Igualmente, se puede verificar, que en el año 1985 la prima de actividad le fue liquidada en un porcentaje de 25%, y que a partir del 01 de julio de 2007 dicho porcentaje se aumentó un 50%, es decir 12.5%, y que en la actualidad se le cancela un porcentaje de 37.5%, lo cual indica que se cumplió por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares lo establecido en el Decreto 2863

de 2007, el cual corresponde al 50% que era lo que se le venia cancelando al señor OTONIEL BENAVIDES SALCEDO, por concepto de prima de actividad.

Así las cosas el despacho considera acertada la decisión de la entidad demandada, en cuanto a aumentar el porcentaje de la prima de actividad a partir del 1° de Julio de 2007 al 37.5% conforme el decreto 2863 de 2007; puesto que la entidad demandada ha realizado los aumentos que la normatividad le ha permitido realizar. Por lo todo lo expuesto no tiene vocación de prosperar las pretensiones del actor.

En concordancia con lo anterior, y de conformidad con la Jurisprudencia del Consejo de Estado[4], no es factible dar aplicación retrospectiva de la ley, y por tanto, no puede el Decreto 2863 de 2007 extender sus efectos o consecuencias jurídicas de sus disposiciones a situaciones jurídicas consolidadas bajo el imperio y vigencia de una ley o normativa anterior, o lo que es lo mismo, darle aplicación retroactiva, por lo que el reajuste autorizado por el Decreto y sus efectos fiscales solo aplican es a partir del 1° de Julio de 2007 porque así lo dispuso en forma expresa el art. 7° del mencionado Decreto.

COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso.

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el expediente aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:

> "……
>
> *8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."*

En el presente caso el despacho estima que no es procedente la condena en costas a la parte demandante, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en este caso porque no se observa que la entidad demandada haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

5. DECISIÓN

Por lo anterior, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme se explicó en la parte motiva de esta providencia.

[4] Sentencia del 11 de mayo de 2.000. Consejero Ponente NICOLAS PAJARO PEÑARANDA. expediente No.16.114.

Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Radicado No. 13-001-33-33-008-2016-00275-00

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas.

TERCERO Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente, dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez