



Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00110-00

Cartagena de Indias D. T y C, veintiséis (26) de junio de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Radicado	13-001-33-33-008-2017-00110-00
Demandante	ROGER DANILO GARCIA URUETA
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL
Tema	PRIMA DE ACTIVIDAD
Sentencia No	128

1. PRONUNCIAMIENTO

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

2. ANTECEDENTES

- PRETENSIONES

PRIMERO: Que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios **N0012975 consecutivo 2016-12980 de marzo 1 de 2016** y **N 0012972 consecutivo 2015-12972 de marzo 2 de 2015**, mediante los cuales negó la solicitud del demandante de reajuste, reliquidación y pago de la prima de actividad, conforme a lo establecido en los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007 y el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL**, a reconocer, reajustar y pagar a favor del demandante la prima de actividad, como partida computable de la asignación de retiro, en un 41.5%, a partir del 1º de Julio de 2007, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007.

TERCERO: Que se condene a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL**, a reconocer y pagar las diferencias que resulten del reajuste que se le haga a la prima de actividad como partida computable de la asignación de retiro, dejadas de cancelar desde el 1º de Julio de 2007, hasta que quede ejecutoriada la sentencia. Pagar dichas sumas de dinero de forma indexada mes a mes, con fundamento en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

CUARTO: Que se le ordene a la demandada dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192, 194 y 195 del CPACA.

QUINTA: Que se condene a la demandada al pago de costas y agencias en derecho.

- HECHOS

Como fundamentos facticos de su acción, la parte demandante, en resumen, planteó, lo siguiente:

-Que al señor **ROGER DANILO GARCIA URUETA**, la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL**, al advertir que cumplía con los requisitos para ello, le reconoció su asignación de retiro.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00110-00

-Que, en la resolución de reconocimiento de asignación de retiro le fue reconocida la prima de actividad como partida computable de la asignación de retiro, en suma equivalente al 25%.

-Que, si bien la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, a partir del 1º de Julio de 2007, reajustó su prima de actividad como partida computable de su asignación de retiro, en un 50%, sobre el 25% que ya venía recibiendo, no lo hizo sobre la base correcta, es decir, sobre el mismo porcentaje de prima de actividad que gana el personal militar en servicio activo, esto es, en un 33%.

- FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES

Como normas violadas invocó la Constitución Política de Colombia en su preámbulo y los artículos 2, 4, 13, 46, 48 y 53; artículo 34 de la Ley 2 de 1945; artículo 3 numeral 3,13 de la Ley 923 de 2004; artículo 169 del Decreto 1211 de 1990; artículos 2, 13.1.2, y 42 del Decreto 4433 de 2004; Decreto 2863 de 2007; y artículo 10 de la Ley 1473 de 2011.

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

Señaló, que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, al negarse a reconocer, liquidar y pagar al demandante el 50% de la Prima de Actividad, sobre la base del 33%, a partir del 1º de Julio de 2007, incurre en falsa motivación pues desconoce la aplicación retroactiva que el mismo legislador en el artículo 4 del decreto 2863 de 2007 de forma expresa le dio a los retirados con anterioridad al 1º de Julio de 2007 de reajustar la prima de actividad como partida computable de la asignación de retiro en suma equivalente al 50%, pero de lo que gana el personal activo de la fuerza pública, lo cual es el 33%.

- CONTESTACIÓN

La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, en su contestación de la demanda, en resumen, planteó lo siguiente:

Indicó, que en razón de la expedición del Decreto 2863 de Julio de 2007, que dispuso el incremento de la partida de prima de actividad en el 50% del porcentaje que venía siendo liquidado, se efectuó el reajuste en la proporción indicada en la norma; y que, como el demandante, antes de Julio de 2007 tenía una prima de actividad del 25%, a partir del mes de Julio de 2007, devenga un porcentaje de prima de actividad del 37.5%.

- TRAMITES PROCESALES

La demanda fue presentada el día 12 de octubre del año 2017, siendo admitida mediante auto adiado 29 de noviembre de la misma anualidad, siendo notificada al demandante por estado electrónico 157.

Posteriormente fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público el 05 de diciembre de 2017 de conformidad con el artículo 199 del CPACA.

Posteriormente, mediante auto de fecha 07 de mayo de 2018 se citó a las partes a audiencia inicial para el día 26 de junio de 2018, 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





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00110-00

DE LA PARTE DEMANDANTE. Presentado en audiencia, se ratifica en lo expuesto en la demanda y alega que el presente asunto se trata de un problema de interpretación errónea y acomodada de la norma a favor de CREMIL y en perjuicio de los intereses de su mandante, por lo que solicita aplicación del decreto 2863 de 2007 y de los principios de oscilación, favorabilidad e igualdad.

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 retiro¹, 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

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Sentencia de 28 de enero de 2010, Radicación n° 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, Subsección "B", Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Sentencia de 16 de abril de 2009, Radicación N° 250002325000200210194 01, Actor: Blanca Luz Restrepo Córdoba, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Sentencia de 26 de marzo de 2009, Radicación N° 730012331000200600964 01, Actor: Oscar Gómez Brítez.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00110-00

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%, que sumándole el 25% que ya venía recibiendo, arroja un total de 37.5%, siendo dicho porcentaje el que actualmente el demandante viene recibiendo por concepto de prima de actividad como partida computable de su asignación de retiro.

Por manera que, se pudo verificar, que antes del 1º de Julio de 2007, la prima de actividad le fue liquidada en un porcentaje de 25%, y que a partir de allí 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 con lo establecido en el Decreto 2863 de 2007, en el sentido de aumentar en un 50% de lo que se le venía cancelando a ROGER DANILO GARCIA URUETA, 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 1983² se expidió el **Decreto 089 de 1984**, mediante el cual se reorganizó la carrera de Oficiales y Suboficiales de las 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 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:

² "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."

"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"





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00110-00

- 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 respecto 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 el 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%)."





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00110-00

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 pacífica, 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 pensionales propios de las Fuerzas Militares y de Policía y DAS de conformidad con los artículos 217 y 218 de la Constitución Política".

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.





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00110-00

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 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".

Por su parte, en relación con los porcentajes de 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 inexecutable 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





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00110-00

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

Por lo anterior, la Corte declarará en la parte resolutive de esta providencia inexecutable 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 inexecutable 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:





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00110-00

"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 60 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:





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00110-00

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 inexecutable Decreto 2070 de 2003, como el Decreto reglamentario 4433 de 2004, 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 contenidas³

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.

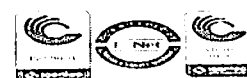
Así las cosas, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 no hizo más que reiterar que la prima de actividad es uno de los componentes para la liquidación de la asignación de retiro, pero no reguló el tema relativo a la variación porcentual de la misma para su posterior inclusión en la asignación de retiro,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

³ Art. 13 del Decreto 2070 de 2003 “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 2004 “Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados”





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00110-00

Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1° de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto ley 1211 de 1990, 68 del Decreto ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto ley 1214 de 1990.

Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del Decreto ley 1211 de 1990 y 141 del Decreto ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%)". (Negritas fuera del texto)

Y en el artículo 4° ibidem 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" (Negritas 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 1° 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%)". (Negritas 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





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00110-00

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 ROGER DANILO GARCIA URUETA, egresó de la Armada Nacional y se le reconoció asignación de retiro mediante resolución No. 3332 de 1998, tal como se puede verificar a folio 31-32 del expediente.

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%, que sumándole el 25% que ya venía recibiendo, arroja un total de 37.5%, siendo dicho porcentaje el que actualmente el demandante viene recibiendo por concepto de prima de actividad como partida computable de su asignación de retiro.

Por manera que, se pudo verificar, que antes del 1º de Julio de 2007, la prima de actividad le fue liquidada en un porcentaje de 25%, y que a partir de allí 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 con lo establecido en el Decreto 2863 de 2007, en el sentido de aumentar en un 50% de lo que se le venía cancelando a ROGER DANILO GARCIA URUETA, 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 1º 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 Estado⁴, 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

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





Radicado No. 13-001-33-33-008-2017-00110-00

aplican es a partir del 1º de Julio de 2007 porque así lo dispuso en forma expresa el art. 7º 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; así mismo lo explicó el Consejo de Estado⁵ a través de su jurisprudencia.

Conforme lo anterior, se condena en costas a la parte vencida de conformidad con el Art. 188 del CPACA, las cuales se liquidaran por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados; y las agencias en derecho se fijarán conforme lo manda el ACUERDO No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016, emanado del Consejo Superior de la Judicatura, que a consideración de este fallador, en el caso sub-judice, corresponden al 3% de las pretensiones.

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.

SEGUNDO: Condénese en costas a la parte vencida, las cuales se liquidaran por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados. Las agencias en derecho se tasan en un 3% del monto de las pretensiones.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez

⁵ Sentencia del Consejo de Estado- Sección Segunda, radicado Interno No. 12912014, Consejero Ponente: William Hernandez Gómez, de fecha 05 de abril de 2016

