



Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, veintiocho (28) de junio del dos mil veintidós (2022)

Radicado: 73001 33 33 010 2021 00155 00.
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: ANTONIO GILBERTO RIVADENEIRA ROSERO
Demandado: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.
Asunto: reajuste asignación de retiro prima actividad
Sentencia

I. ANTECEDENTES

En atención a la decisión proferida en la audiencia adelantada el pasado **9 de junio del 2022**, donde se manifestó **que se negarían las pretensiones** de la demanda, el Despacho procede a emitir los argumentos que soportan dicha decisión conforme a lo señalado en el numeral 2º del artículo 182 de la Ley 1437 de 2011.

1. PRETENSIONES

1.1 Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el en el oficio **CREMIL 20589353** notificado por correo electrónico el día 13 de febrero del 2021 mediante el cual la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL, negó el reajuste la asignación de retiro, teniendo en cuenta para ello el incremento de la prima de actividad del sargento primero del ejercito **Antonio Gilberto Rivadeneira Rosero**.

1.2 Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la demandada a reliquidar y reajustar la prima de actividad a partir del **1 de julio del 2007** en el mismo monto que se reajuste en la asignación de los militares activos, con base en el incremento previsto en el **artículo 2 decreto 2863 del 2007¹**, dando aplicación del principio de oscilación.

1.3 Se condene a la demandada a reliquidar y reajustar las mesadas pensionales en la asignación de retiro del accionante desde el 1 de julio del 2007, a la fecha, debidamente indexadas, teniendo en cuenta la prescripción cuatrienal.

1.4 Se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.

1.5 Que se condene a la accionada al pago de costas y agencias del derecho.

2. HECHOS

2.1 Que el sargento primero del ejército señor **Antonio Gilberto Rivadeneira Rosero** fue retirado del servicio mediante resolución No 088 de 1975 a partir del 1 de julio de 1975, con tiempo de servicio de 24 años 11 meses y 6 días.

¹ DECRETO 2863 del 27 de julio del 2007. **Artículo 2º.** Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así: Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1º de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto-ley 1211 de 1990, 68 del Decreto-ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto-ley 1214 de 1990. Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del Decreto-ley 1211 de 1990 y 141 del Decreto-ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%)

2.2 El Ministerio de Defensa mediante resolución No 7550 del 19 de septiembre de 1975 aprobó la **resolución No 1566 del 21 de agosto de 1975** la cual ordeno reconocer y pagar la asignación de retiro del accionante, teniendo en cuenta el 85% del sueldo básico y las partidas consagradas en el artículo 116 del decreto 2337 de 1971: sueldo básico, prima de antigüedad, subsidio familiar, prima de actividad correspondiente al grado y prima de navidad.

2.3 Que mediante petición radicada No **20589353 18 de noviembre del 2020**, el accionante solicitó a CREMIL la reliquidación de su asignación de retiro, para que se le tuviera en cuenta el 49.5% de la prima de actividad a partir del 1 de julio del 2007 en concordancia con el artículo 2 decreto 2863 del 2007 y no el 37.5% como lo ha venido haciendo.

2.4 Con oficio CREMIL 20615261 del 4 de febrero del 2021 el Coordinador grupo centro integral de servicio al usuario de la Caja de retiro, negó la solicitud de reajuste de la prima de actividad en razón a que al accionante se le reconoció la asignación teniendo en cuenta el 25% en razón al tiempo de servicio prestado y el incremento ordenado en el decreto 2863 del 2007, aplicando el 50% sobre la base del 25% que venía devengado, esto es el 12.5%, para un total del 37.5%

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad accionada se opuso a todas y cada una de las pretensiones impetradas², en razón a que la legislación que regula el régimen especial de las Fuerzas Militares, que abarca aspectos de carrera, prestacional y disciplinario, goza de amparo constitucional en virtud de lo establecido en los artículos 217 y 218 de la Constitución Política, situación que ha sido puesta de presente en recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional³.

En la sentencia C-789 de 2011⁴ el alto Tribunal precisó:

“Ya la Corte, en diversas oportunidades, ha reconocido que la diversidad en el tratamiento prestacional de los miembros de la fuerza pública tiene su origen en la naturaleza riesgosa de las funciones que desarrollan y que, a su vez, cumple con el fin constitucional de compensar el desgaste físico y mental que implica el estado latente de inseguridad al que se somete al militar y a los miembros de su familia durante largos periodos de tiempo

Por lo tanto, cuando el legislador contempla diferenciaciones entre régimen común y régimen de las Fuerzas Militares y a su vez diferenciaciones en el régimen de oficiales, suboficiales y soldados profesiones, lo hace atendiendo a las particularidades de los destinatarios (grado militar, partidas computables, tiempo de servicio activo, causal de retiro, fecha de retiro, norma aplicable, naturaleza específica de los servicios prestados, etc.), por lo que al realizar un análisis y desarrollo del test de proporcionalidad y razonabilidad se puede concluir que, no todo trato diferenciado traduce necesariamente en una vulneración al derecho a la igualdad.

El artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 dispone: Prima de actividad: “Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que ser equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico”. Por su parte, el Decreto 318 de 2020, por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares; Oficiales,

² Archivo 7 expediente digital.

³ Sentencia C-293/20, del 5 de agosto de 2020, Expediente RE-293 MP. Gloria Stella Ortiz Delgado -Cristina Pardo Schlesinger

⁴ Sentencia C-789/11 referencia: expediente D-8469 . Magistrado Ponente: JORGE IVAN PALACIO PALACIO. 20 de octubre del 2011. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º (parcial) de la Ley 420 de 1998, “Por la cual se adicionan unos artículos de los decretos-leyes 1211, 1212, 1213 de 1990 y del Decreto 1091 de 1995.

Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional; Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; establece las bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, dispone:

Artículo 31. Prima de actividad. La prima de actividad de que trata el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990, los artículos 84 del Decreto-Ley 1211 de 1990 y 68 del Decreto-Ley 1212 de 1990 será del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%) del respectivo sueldo básico”.

Por lo anterior, se puede concluir que, tratándose de las problemáticas de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesional y las partidas computables a tener en cuenta para el reconocimiento de su asignación de retiro, existía unas diferencias de interpretación que fueron debatidas en los diferentes despachos judiciales, para ser finalmente definidas por Consejo de Estado, pero una vez ejecutoriada la providencia de unificación, CREMIL ha adoptado todas las medidas pertinentes para el reconocimiento de los derechos consolidados por el alto Tribunal, lo que evidencia que la Entidad, ha realizado de buena fe los actos propios a la defensa judicial, por lo que, respetuosamente se solicita a su señoría no imponer condena en costas y agencias en derecho a CREMIL.

3.1 De las excepciones

Antes de entrar en el fondo principal de la controversia en el proceso, nos referiremos sobre la excepción formulada por la **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares** de cosa juzgada, la cual fue resuelta en desarrollo de la audiencia inicial, declarándola no probada, habida cuenta que la sentencia del honorable Tribunal administrativo del Tolima en el año 2003 - ordenando reconocer y pagar la prima de actualización al accionante - y lo solicitado en el año 2020 – incremento del porcentaje del 37.5% al 49.5% de la prima de actividad que se le viene reconociendo – son dos asuntos absolutamente diferentes.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

4.1 parte demandante

En desarrollo de la audiencia inicial el apoderado expuso que lo primero que tenía por decir era que en este caso la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL interpretó de manera errónea la ley puesto que el decreto 2863 del 2007 ordenaba en su artículo 4 el reajuste de la prima de actividad de oficiales y suboficiales de la fuerza pública con asignación de retiro o pensión obtenida antes del 1 de julio del 2007, en el mismo porcentaje que se hubiese ajustado la asignación del personal activo, debido al incremento del que trata el artículo 2 del mismo decreto.

Si nos remitimos a la contestación de la demanda, se observa que el pronunciamiento respecto de los hechos y de las pretensiones, no son acordes con los fundamentos dados por CREMIL, porque en el acápite de antecedentes, se hace referencia al reconocimiento de una prima de actividad para los soldados profesionales, caso que dista de lo relacionado en esta demanda.

Es decir, la entidad demandada está desconociendo en forma absoluta el grado militar que ostenta el señor Antonio Gilberto Rivadeneira Rosero que es sargento primero del ejército o suboficial del ejército, en uso de buen retiro, con un servicio de 24 años 11 meses y 6 días, es decir como suboficial del Ejército Nacional, hay un aspecto que es importante, es el fundamento jurídico para incluir y para reconocer en la prima de actividad el 49.5%.

En este orden de ideas, es preciso traer a colación las **sentencias C-434 de 2003⁵ y C-934 de 2005⁶** en las cuales se estudio el derecho a la pensión de invalidez y la situación allí esbozada se ajusta al caso sub examine, en razón de que la pretensión se encuentra encaminada a obtener la reliquidación de la asignación de retiro con incremento de la prima de actividad en un 49,5% del sueldo básico para su grado, de conformidad con el artículo 42 del decreto 4433 del 2004 del 31 de diciembre 2004 y 2863 del 2007 entre otros.

La primera de las sentencias referidas, la Corte previo que no se había presentado violación al derecho fundamental a la igualdad y que simplemente se está ante supuesto fáctico ocurridos en tiempos diferentes y sometidos a regímenes jurídicos también distintos, siendo claro que cada uno de los supuestos debía regirse por el régimen jurídico aplicable en el tiempo de su ocurrencia, la segunda manifestación se refiere al alcance de la ley 923 del 2004 precisando que al momento que ocurren los hechos da lugar a la pensión, es determinante para el régimen jurídico aplicable, que regirá a futuro.

Aunque las precitadas sentencias examinan el derecho pensional por invalidez, también se aplican al sub exánime en razón la ratio decidendi se ajusta a lo pretendido por el señor Antonio Gilberto Rivadeneira Rosero, que dio origen a este proceso, puesto que en el momento que la entidad demandada reconoció al actor la asignación de retiro, existía también en ese momento una normatividad que regulaba las partidas computables dentro de las cuales se incluía la prima de actividad, en los respectivos porcentajes que allí se consignaban.

Posterior a ello, se profirió el decreto 2863 del 2007 que con su artículo segundo modificó 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.*

Por su parte el artículo 4 estableció: en virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuestos en el artículo 42 del decreto 4433 del 2004, los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o sus beneficiarios o los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los miembros de las fuerzas militares o de la Policía Nacional, obtenida antes del 1 de julio del 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, en razón de incremento del que trata el artículo 2 del presente decreto.

5 Sentencia C-434 de 2003. Principio de configuración legislativa. Acorde con la sentencia C-084-96 se indicó que “Es al mismo legislador a quien le corresponde decidir el momento en el que la ley ha de surtir efectos, conviene agregar que dicha atribución puede ejercerla a través de uno de los siguientes mecanismos: 1) Incluyendo en el mismo cuerpo de la ley un artículo en el que señale expresamente la fecha a partir de la cual ésta comienza a regir; o 2) Expidiendo una ley especial en la que regule en forma genérica este asunto, la que tendría operancia únicamente en los casos en que el mismo legislador no hubiera señalado en el texto de la ley respectiva la fecha de vigencia”. De igual manera, en la Sentencia C-368-00 se precisó que “...definir cuándo empieza a regir una ley, es en principio una atribución del legislador, que bien puede no establecer una fecha cierta y dejar el asunto a lo ya dispuesto de manera general, o determinar una fecha distinta a la de la expedición, como lo hizo en esa parte inicial

6 Sentencia C-934/13 DERECHO A LA IGUALDAD-Identidad de trato para las personas que se encuentren en una misma situación de igualdad.

Según la doctrina jurídica, la autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación.

En este orden de ideas, de acuerdo con el último decreto, el porcentaje de la prima de actividad del personal en servicio activo será incrementado en un 50% en virtud del principio de oscilación, también los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y de la Policía en uso de goce de asignación de retiro, tenían derecho a que se les ajustara la prima en el mismo porcentaje que se haya ajustado para el personal activo.

Respecto a lo que se demanda o la pretensión que se reclama en esta demanda ostenta el carácter de una prestación periódica, por lo que en virtud del literal C artículo 164 ley 1437 del 2011, la demanda puede interponerse en cualquier tiempo, el señor Antonio Gilberto Rivadeneira en su condición de suboficial del ejército nacional en uso de buen retiro, tiene derecho a que se le de aplicación a este incremento de la prima de actividad, hasta en un 49%, como esta demostrado en la jurisprudencia y en las normas, de esa manera dejó sustentado los alegatos.

4.2 Parte demandada.

En la misma diligencia el apoderado de la entidad accionada presentó los alegatos de conclusión expresando los siguientes argumentos que para garantizar el poder adquisitivo de las mesadas pensionales de los miembros de las fuerzas militares en retiro, se contempló el aumento del porcentaje de la prima computable de prima de actividad, tomando como punto de referencia lo devengado por los militares en actividad, en los porcentajes previamente establecidos por la norma.

Sobre este punto en particular el decreto 2863 del 27 de julio del 2007, por medio del cual se modifica parcialmente el decreto 1515 del 2007 y se dictan otras disposiciones en el artículo segundo dispuso un incremento en la prima de actividad que venían devengando los miembros del servicio activo en el equivalente a un 50% de lo devengado por todo concepto, a partir del 1 de julio del 2007, para garantizar el cumplimiento del principio de oscilación en esta materia a los miembros retirados del servicio y en su artículo 4 señala textualmente señala que, en virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y de la pensión dispuestas en el artículo 42 decreto 4433 el 2004, los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y de la Policía nacional, con asignación de retiro o con pensión de invalidez o sus beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los oficiales o suboficiales de las fuerzas militares y de la Policía Nacional, obtenidas antes del 1 de julio del 2007 tendrán derecho a que se les ajuste en un porcentaje en el que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento del que trata el artículo 2 del presente decreto, artículo que modificó el decreto 1515 del 2007.

Como se evidencia, la anterior norma de incremento, equiparó el porcentaje en que debe incrementarse la prima de actividad para los miembros tanto activos como retirados del servicio, en el equivalente a un 50% de lo devengado, pero sin establecer una equivalencia en el monto base de dicha liquidación, como equivocadamente asume el demandante.

La normatividad mediante la cual se establecieron esos porcentajes para liquidar la asignación descrita, en sus partes anteriores, no fue modificada para la norma en comento, así las cosas, es claro que el decreto 2863 del 2007 dispuso un incremento en el porcentaje de la asignación de prima de actividad, sin realizar modificación alguna en los porcentajes en que se dispone el monto base de su liquidación sobre el cual ha de efectuarse el incremento por cuanto este no es el sentido de la norma.

En este orden de ideas, cotejando lo dispuesto en el decreto 2863 del 2007 y el incremento aplicado a la asignación de retiro que disfruta el demandante, se encuentra en

correspondencia con lo dispuesto por la norma y lo liquidado por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a la entidad le correspondió realizar un incremento del 12.5%, al porcentaje base para su liquidación por concepto de prima de actividad, pasando del 25% al 37.5% con el fin de garantizar el poder adquisitivo de la asignación de retiro del hoy accionante.

Con respecto al principio de oscilación no implica que se modifique el porcentaje de liquidación de la prima de actividad, sino que al porcentaje ya reconocido se aplique al valor de la prima que estuviere devengando el personal de servicio activo, el porcentaje indicado es con el cual se liquidó la asignación de retiro y no con el que se modifica su valor a menos que la ley lo diga.

Es por esto que el comité de conciliación, en el estudio realizado por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, determinó que, con la resolución de reconocimiento de la asignación de retiro, en la cual se le reconoció el 27% y aplicando el incremento ordenado por el decreto 2863 del 2007 del 50% del porcentaje que venía devengando, arroja como resultado el porcentaje que viene recibiendo el demandante actualmente por concepto de prima de actividad, que corresponde al 37.5%.

Es preciso mencionar que es reiterada la jurisprudencia, como la mencionada anteriormente, como la mencionada en la contestación de la demanda que señala que no hay lugar a efectuar la reliquidación de la partida computable de la prima de actividad, por lo tanto, solicitó a su señoría, se nieguen las pretensiones de la parte demandante.

4.3 Ministerio público. Concepto.

El señor agente del ministerio público considera que de conformidad con el decreto 2863 del 2007, no le asiste razón al demandante para que se acceda a sus pretensiones por ende el acto administrativo atacado esta ajustado a derecho.

5. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5.3. Tesis de las partes

5.3.1 Tesis de la parte accionante

En esencia, la discusión gira alrededor de la violación al derecho fundamental al debido proceso, al desconocerse la misma reglamentación y disposiciones para los oficiales y suboficiales de las fuerzas armadas, siendo evidente la responsabilidad de CREMIL al desconocer el incremento de la prima de actividad, desconociendo el principio de oscilación, del artículo 4 decreto 2863 de 2007 que señala que los oficiales y suboficiales beneficiarios de la asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y tendrán derecho a que se les ajuste la pensión en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente.

Que la entidad demandada está desconociendo en forma absoluta el grado militar que ostentaba el señor Antonio Gilberto Rivadeneira Rosero que es sargento primero del ejército o suboficial del ejército, en uso de buen retiro, con un servicio de 24 años 11 meses y 6 días, es decir como suboficial del Ejército Nacional, hay un aspecto que es importante, es el fundamento jurídico para incluir y para reconocer en la prima de actividad el 49.5%.

5.3.2 Parte accionada

Señala que cuando el legislador contempla diferenciaciones entre régimen común y régimen de las Fuerzas Militares y a su vez diferenciaciones en el régimen de oficiales, suboficiales y soldados profesiones, lo hace atendiendo a las particularidades de los destinatarios -grado militar, partidas computables, tiempo de servicio activo, causal de retiro, fecha de retiro, norma aplicable, naturaleza específica de los servicios prestados, etc., por lo que al realizar un análisis y desarrollo del test de proporcionalidad y razonabilidad se puede concluir que, no todo trato diferenciado traduce necesariamente en una vulneración al derecho a la igualdad, por lo tanto se opuso a todas las pretensiones impetradas en la demanda.

Que, en el estudio realizado por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se determinó que, con la resolución de reconocimiento de la asignación de retiro, en la cual se le reconoció el 27% y aplicando el incremento ordenado por el decreto 2863 del 2007 del 50% del porcentaje que venía devengando, arroja como resultado el porcentaje que viene recibiendo el demandante actualmente por concepto de prima de actividad, que corresponde al 37.5%.

6. Problema Jurídico

Se trata de determinar si, ¿el accionante tiene derecho a que se le reajuste su asignación de retiro incrementándola del 37.5% al 49.5 del sueldo básico a partir del 1 de julio del 2007 en concordancia con lo establecido en el artículo 2 decreto 2863 del 2007, o sí por el contrario, el acto administrativo demandado se encuentra ajustado a derecho?

6.1. Tesis del despacho

Deben negarse las pretensiones de la demanda, pues no hay lugar al reajuste de la asignación del demandante conforme al decreto 2863 del 2007 por cuanto éste no puede extender sus efectos legales a situaciones jurídicas consolidadas en vigencia de una ley o norma anterior y no puede reajustarse en valor diferente, toda vez que el incremento del 50% ordenado por la norma citada, se aplicó sobre el porcentaje de dicho emolumento realizado por la Caja de Retiro, respecto al establecido para la liquidación de su asignación de retiro, por lo que el acto demandado se encuentra ajustado a las normas que lo rigen.

6.2 MARCO LEGAL y JURISPRUDENCIAL

6.2.1 De la prima de actividad

La prima de actividad fue creada inicialmente a favor de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, correspondiente a un porcentaje adicional de su sueldo básico y por expreso mandato legal se incluyó como factor para efectos de liquidar la asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública, por parte de la Caja de Retiro, en los Decretos 2340 de 1.971, 609 de 1.977 y 1211 de 1.990

El **Decreto 1211 de 1.990** “*Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.*” 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

El artículo 84 del citado Decreto consagró la prima de actividad para el personal en servicio activo y su inclusión en la asignación de retiro y porcentajes con relación al tiempo de

servicio prestado, fueron regulados en los artículos 158 al 160 de la misma norma:

“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 ser equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.

(...)

*ARTICULO 158. LIQUIDACIÓN PRESTACIONES. 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. PARÁGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguno de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, ser computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales. **Negrilla fuera de texto***

(...)

ARTÍCULO 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%).

ARTÍCULO 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%).

PARÁGRAFO. 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.

Por su parte, el Decreto 4433 de 2.004 estableció las partidas computables y lo atinente a los porcentajes de estas para liquidar las asignaciones de retiro del personal de Oficiales y Suboficiales en actividad.

“CAPITULO I Asignación de retiro

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:

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 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.

(...)

ARTICULO 42. Oscilación de la asignación de retiro y de la pensión. Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o

pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.

El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley”

El decreto 1515 de 2007 “por el cual se fijan los sueldos básicos para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en su artículo 32 estableció:

Artículo 32. *La prima de actividad de que trata el artículo 38 del Decreto-ley 1214 de 1990, será del treinta y tres por ciento (33%) del sueldo básico mensual.*

7. Análisis del caso concreto

Teniendo en cuenta lo anterior, procede el despacho a determinar si en el caso sub-júdice la accionante tiene derecho al reajuste de la asignación de retiro con base en la prima de actividad.

7.1. hechos probados jurídicamente relevantes

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. El sargento primero del ejército señor Antonio Gilberto Rivadeneira Rosero fue retirado del servicio a partir del 1 de julio de 1975, con tiempo total de servicios de 24 años 11 meses y 6 días.	Documental: Copia resolución No 088 de 1975 (fl 25. archivo 2 anexos exp. digital).
2. Para la liquidación de la asignación se tuvo en cuenta el sueldo básico y las partidas consagradas en el artículo 116 del decreto 2337 de 1971: sueldo básico, prima de antigüedad, subsidio familiar, prima de actividad correspondiente al grado y 1/12 parte prima de navidad.	Documental: Extraído de la resolución No 11197 del 28 de diciembre de 1975 (fl 32 -33 archivo 2 anexos exp. digital).
3. A través de apoderado el accionante solicitó a CREMIL el reajuste de la asignación de retiro incrementando la prima de actividad del 37.5% al 49.5%, debidamente indexada y los intereses moratorios desde el momento en que se dejó de reconocer el derecho, a partir del 1 de julio del 2007	Documental: Petición radicada No 20589353 del 18 de noviembre del 2020. (fl 49 al 51 ibidem)
4. La Caja de Retiro, negó la solicitud de reajuste de la prima de actividad en razón a que se le reconoció la asignación teniendo en cuenta el 25% por el tiempo de servicio y el incremento del 12.5% ordenado en el decreto 2863 del 2007	Documental: Copia oficio CREMIL 20589353 notificado por correo electrónico el día 13 de febrero de 2021 expedido por el Coordinador grupo centro integral de servicio al usuario. (fl 1 – 2 Archivo 02AnexosDemanda del exp. digital)

Se tiene que el sargento primero del Ejército Nacional señor **Antonio Gilberto Rivadeneira Rosero** fue retirado de la institución de manera efectiva el **1 de julio del 2007** por solicitud personal, le fue reconocida la asignación de retiro y para la liquidación se tuvo en cuenta el 85% del sueldo básico, el 25% de la prima de actividad⁷, la prima de antigüedad, el subsidio familiar y la prima de navidad como partidas computables correspondientes a su grado en actividad.

7 Decreto ley 95 del 11 de enero de 1989 artículo 155: Artículo 154. 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 computará de la siguiente forma:

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

--Para individuos con quince (15) o más años 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%).

Así las cosas, el Decreto 4433 de 2.004 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 al cómputo total porcentual de la misma para su posterior inclusión en la asignación de retiro, por lo que se concluye que continuó en plena vigencia y eficacia, el contenido del Decreto Ley 95 del 11 de enero de 1989 artículo 155.

Por lo tanto, para los efectos legales relativos a la liquidación y reconocimiento de la asignación de retiro de aquellos servidores que adquirieron el status de retirado antes de la expedición y vigencia del Decreto 4433 del 2004, debe estarse a la norma vigente, tanto si son agentes, oficiales o suboficiales que alcanzaron el reconocimiento de la prestación, normas que no se oponen al contenido del decreto.

En el mismo sentido puede agregarse que tampoco se viola el *principio de oscilación*, que se constituye como instrumento especial para mantener el poder adquisitivo de las asignaciones de retiro y de las pensiones, porque el actor no demostró, que la misma no se haya reajustado año por año, de conformidad con la variación introducida a las asignaciones del personal en actividad teniendo en cuenta el respectivo grado.

En cuanto al derecho a la igualdad se tiene que este debe predicarse entre iguales, entre situaciones fácticas similares y frente a condiciones jurídicas idénticas. No puede alegarse violación al derecho de igualdad respecto de situaciones jurídicas de personas que están en servicio activo y sus posibilidades de retirarse con eventuales mayores prebendas que los que se retiraron bajo el amparo de normas anteriores.

Es factible que el legislador, en su amplia capacidad de configuración legislativa, haya considerado circunstancias de hecho o de otra índole, que no operaban en el momento en que se dictaron los estatutos y normatividades bajo los cuales se adquirió el status de retirado del actor para hacer diferenciaciones en materia prestacional, sin que ello implique violación del derecho a la igualdad, en razón a no ser beneficiarios de las normas, por cuanto el legislador, así lo dispuso de manera expresa.

En efecto siguiendo el orden cronológico normativo, se tiene que 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 1º de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto ley 1211 de 1990, 68 del Decreto ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto ley 1214 de 1990.

*Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, **diferentes a la asignación de retiro o pensión**, de que tratan los artículos 159 del Decreto ley 1211 de 1990 y 141 del Decreto ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo”*

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 1º de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2º del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007.

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

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 y la Policía Nacional 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.

Anótese que el Decreto 2863 de 2007 que modificó el decreto salarial del mismo año: Decreto 1515 del 2007, en el cual se dispuso un aumento del 50% de la prima de actividad para el personal activo, pero solo para los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y, en aplicación del principio de oscilación, ordenó un aumento en el mismo porcentaje para las asignaciones de retiro de dicho personal, incluso las reconocidas con anterioridad a su vigencia.

En respuesta a la solicitud la demandada mediante oficio No CREMIL **20589353** notificado por correo electrónico el día 13 de febrero de 2021, informó al accionante que la prima de actividad se le reconoció en la forma y términos establecidos en la Ley vigente al momento del retiro – 1 de julio de 1975 - teniendo en cuenta el tiempo de servicio prestado a las fuerzas militares

Agregaron que el accionante venía devengado el 25% de la prima de actividad como partida computable para la asignación de retiro y como resultado de lo establecido en el decreto 2863 del 2007, se le incremento el 50% sobre lo devengado es decir un 12.5% más, para un total del 37.5%, porcentaje que se le viene reconociendo desde el 1 de julio del 2007, fecha de entrada en vigencia de la citada norma, por lo tanto, no es posible reajustar la asignación de retiro de acuerdo con la solicitud.

En armonía con la Jurisprudencia del Consejo de Estado⁸, no es factible dar aplicación retroactiva a la ley, y como efecto de esa decisión, no puede el Decreto 2863 del 2007 extender sus efectos, sus consecuencias jurídicas o, sus disposiciones a situaciones jurídicas consolidadas bajo el imperio y vigencia de una ley o normatividad anterior.

Así las cosas, de acuerdo con los argumentos expuestos y el precedente jurisprudencial relacionado, en el problema jurídico planteado no existe posibilidad alguna de interpretar, que las normas en las cuales se fundamentan las pretensiones de la demanda y en especial, el Decreto 2863 del 2007 conduzca a afirmar que la prima de actividad debe ser reajustada con inclusión de un porcentaje mayor del que le fue reconocido en la asignación de retiro respectiva, porque la prestación se liquida de conformidad a lo establecido en la norma vigente para la fecha del retiro y en la forma que ella, lo ordene⁹,

De manera que, amparado en los argumentos expuestos, en los precedentes jurisprudenciales y la normatividad que constituye el fundamento jurídico de la demanda, no se evidencia efecto o consecuencia jurídica que lleve a este despacho judicial considerar el concepto de violación a las normas pretendido en la demanda, razón por la cual se negarán las pretensiones de la demanda.

8 Sentencia del 11 de mayo de 2.000, Consejero Ponente NICOLÁS PÁJARO PEÑARANDA, expediente No.16.114.-

9 Sentencia del 11 de junio de 2.009 Magistrado Ponente Ilvar Nelson Arévalo Perico radicado 2007-00367.-

10. Costas

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del C. G. P dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el presente caso se observa que las pretensiones de la demanda fueron despachadas desfavorablemente, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto del 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la parte accionante en la suma equivalente al cuatro por ciento (4%) de las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte accionante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA y 365 del C.G.P, para lo cual se fija en la suma equivalente al cuatro por ciento (4%) de las pretensiones de la demanda, como agencias del derecho.

TERCERO: Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme el artículo 203 del C.P.A.C.A.

CUARTO: Una vez en firme, archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS MANUEL GUZMÁN

Juez

Firmado Por:

Luis Manuel Guzman

Juez Circuito
Juzgado Administrativo
10
Ibague - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **409e23be1c539b009562a493a26ffbbc978fedc88e7ce2322adb5b11e55654b0**

Documento generado en 28/06/2022 04:33:52 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>