



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA
Sala de Decisión No. 005 - ORALIDAD**

Popayán, diecinueve (19) de marzo de dos mil veinte (2020)

Magistrado ponente	JAIRO RESTREPO CÁCERES
Expediente	19001 33 33 009 2016 00423 01
Demandante	EFREN ALBEIRO BASTIDAS NOGUERA
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA No.

I. OBJETO A DECIDIR

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la Sentencia No. 138 del dieciocho (18) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán, que negó las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda¹

El señor EFREN ALBEIRO BASTIDAS NOGUERA, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, pretende se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 211 CREMIL 26150 No. 2015-19914 del 30 de marzo de 2015, suscritos por la Jefe de la Oficina Jurídica de CREMIL, por medio del cual negó el reajuste y pago de la asignación de retiro con base en el incremento porcentual de la prima de actividad.

Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, solicita se ordene a CREMIL la reliquidación de su asignación de retiro, incrementando la prima de actividad del 37.5% al 49.5% a partir del 1 de julio de 2007 según lo ordena los artículo 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, según el principio de oscilación, al igual que reincorporar la prima de navidad en los términos de la norma referida.

Finalmente solicita el reconocimiento de intereses moratorios derivados de las sumas reconocidas, así como la condena en costas y agencias en derecho.

2.2. Los hechos

Como fundamento de sus pretensiones, el extremo demandante expuso los hechos que a continuación se resumen:

¹ Folios 2-25 del cuaderno principal.

Expediente	19001 33 33 009 2016 00423 01
Demandante	EFREN ALBEIRO BASTIDAS NOGUERA
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto	SENTENCIA II INSTANCIA

El señor EFREN ALBEIRO BASTIDAS NOGUERA prestó sus servicios al Ejército Nacional, y mediante Resolución No. 240 del 12 de febrero de 1997 fue reconocida su asignación de Retiro en cuantía del 74% del sueldo de actividad correspondiente al grado de Sargento Primero, teniendo en cuenta la prima de actividad en un porcentaje del 25%.

Aduce que a partir del 1 de julio de 2007 CREMIL reajustó su prima de actividad del 25% al 37.5%, es decir, en un 12.5%; posteriormente mediante petición radicada el 16 de marzo de 2015 solicitó el incremento del porcentaje de su prima de actividad hasta el 49.5% a partir del 1 de julio de 2007, y el reajuste de la doceava parte de su prima de navidad, lo anterior, según las previsiones del Decreto 2863 de 2007.

Expone que su solicitud desestimada por la entidad mediante el oficio demandado, bajo el argumento que la prestación se encuentra ajustada a los porcentajes fijados en la normatividad aplicable.

2.3. Normas violadas y concepto violación

Constitucionales: Artículos 1,2, 3, 6, 13, 48, inciso 3 del artículo 53 y 220.

Legales:

Ley 4 de 1992.

Decreto 2863 de 2007: Artículos 2 y 4.

Ley 923 de 2004.

Decreto 4433 de 2004.

Aduce que la demandada vulneró el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007 por falta de aplicación, y su artículo 2º por indebida aplicación, cuando, a partir de julio de 2007, reajustó la partida incrementándola del 25% al 37.5%, cuando debió aumentarla al 49.5%. Por ello, afirma, el acto administrativo se encuentra parcialmente viciado de nulidad, toda vez que el incremento debió hacerse sin tener en cuenta el tiempo de servicio ni los correspondientes porcentajes, como se desprende del artículo 2, inciso 2, del 2863, reiterado en los Decretos 673 de 2008, 737 de 2009 y 1050 de 2011.

Agrega que también se vulneró el artículo 3 numeral 3.13. de la Ley 923 de 2004 y el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, conforme a los cuales el incremento de las asignaciones de retiro y pensiones del personal de la fuerza pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la fuerza pública en servicio activo.

2.4. La contestación de la demanda²

La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, por intermedio de apoderado judicial, se opone a la prosperidad de las pretensiones incoadas; para el efecto, inicialmente advierte que acepta los hechos relacionados con el reconocimiento de la asignación de retiro y la conclusión del procedimiento administrativo.

Seguidamente, afirma que el demandante prestó sus servicios por 21 años, 6 meses y 17 días al servicio del Ejército Nacional como Sargento Primero, con reconocimiento de asignación de retiro mediante la Resolución No. 0240 del 12 de febrero de 1997, prestación que se ajusta a las previsiones contenidas en el

² Folios 53 - 57 del cuaderno principal.

Expediente	19001 33 33 009 2016 00423 01
Demandante	EFREN ALBEIRO BASTIDAS NOGUERA
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto	SENTENCIA II INSTANCIA

Decreto 1211 de 1990, pues teniendo en cuenta su tiempo de servicios, el porcentaje de la prima de actividad ascendía al 25%, es decir, que se ajustó la misma al tope máximo permitido por el legislador para su situación particular.

Seguidamente señala que el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007 en su artículo 2º previó un incremento en el porcentaje de la prima de actividad que venían devengando los miembros en servicio activo en el equivalente al 50% de lo devengado por todo concepto, a partir del 1º de julio de 2007, y en el artículo 4º señaló expresamente que *"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 2 del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007"*.

Considera entonces que esta norma equiparó el porcentaje en que debe incrementarse la prima de actividad para todos los miembros –activos y retirados– 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, pues la normatividad mediante la cual se establecieron los porcentajes a incluir –como partida de prima de actividad– para liquidar la asignación de retiro, no fue modificada.

Y agrega que si se confronta el incremento efectivamente aplicado a la asignación de retiro del demandante con lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007, se encuentra plena correspondencia: como lo ordena la norma se aplicó un aumento del 50% de la partida, con lo que la misma (que era del 25% del sueldo) pasó al 37.5%, es decir, aumentó en la mitad de la que venía computándose (y que equivale al 12.5% del sueldo básico), pasando del 25% al 37.5%, con el fin de garantizar el poder adquisitivo de la asignación de retiro del demandante.

Lo anterior, en razón a que el incremento del 50% sobre la prima de actividad depende estrictamente del porcentaje reconocido como consecuencia del tiempo de servicio que tenga acumulado cada titular de la asignación de retiro.

Igualmente aclara que el principio de oscilación contemplado en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 tiene por objeto que el reajuste de la asignación de retiro sea igual al aumento de las asignaciones de actividad de cada grado, es decir, establece la relación de igualdad entre la asignación de retiro y la remuneración del personal activo para que el incremento de los dos conceptos sea el mismo, situación que es bien distinta a la analizada por el demandante que refiere la aplicación de este principio en la partida computable de prima de actividad, cuando el porcentaje con el que se liquida la asignación de retiro conforme a la norma vigente no se modifica a menos de que la ley expresamente lo diga.

Como excepciones formuló las denominadas: *no violación al derecho a la igualdad, no configuración de falsa motivación y no configuración de causal de nulidad*.

2.5. El fallo impugnado³

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán, mediante sentencia No. 138 del dieciocho (18) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) negó las pretensiones de la demanda.

Para sustentar su decisión, la A quo hizo alusión a las normas que consagran la prima de actividad para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, para señalar que el Decreto 4433 de 2004, siguiendo los parámetros establecidos en la Ley 923 de ese mismo año, reguló el tema de las asignaciones de retiro del personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, indicando que la prima de actividad es partida computable para liquidar dicha prestación, pero sin establecer el porcentaje en que sería reconocida para tales efectos, razón por la cual, es del caso remitirse a los Decretos 1211, 1212 y 1214 de 1990.

Aclaró, que las normas contenidas en el citado Decreto 4433, solo aplican a quienes adquirieron la condición de retirados a partir de su vigencia, esto es, desde el 31 de diciembre de 2004, sin que sea posible su aplicación a quienes se retiraron con anterioridad a esa fecha, por cuanto se rigen por los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990. Además, señaló que el Decreto 2863 de 2007 estableció un reajuste del porcentaje de la prima de actividad del 50% para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, que hubieren obtenido su asignación de retiro antes del 1º de julio de 2007, aumento que se calcula teniendo como base el porcentaje que por dicho concepto se venía reconociendo antes de la vigencia del mencionado decreto, es decir, en el mismo porcentaje del activo correspondiente a su grado.

Al revisar el caso concreto, destacó que al accionante se le reconoció asignación de retiro conforme al Decreto 1211 de 1990, norma legal vigente para la época en que se retiró del servicio, cuya prima de actividad se incluyó en un 25%, y para el año 2007 se incrementó dicha partida en el 50% de lo que había devengado, es decir, en un 12.5%, para un total de prima de actividad reconocida en 37.5%, circunstancia que encontró ajustada a la normatividad aplicable.

Concluyó entonces que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda, en la medida que el actor adquirió su derecho a la asignación de retiro antes de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, y el reajuste establecido en el Decreto 2863 de 2007, se concretó de manera real y efectiva en las mesadas devengadas a partir del mes de julio de 2007.

2.6. El recurso de apelación⁴

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación solicitando que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda, para lo cual, expresó que en el caso bajo estudio el reajuste previsto en los artículos 2º y 4º del Decreto 2863 de 2007 no hace distinción sobre la aplicación del mismo conforme al tiempo de servicio, pues dice que el 50% debe aumentarse a la prima de actividad devengada por los Oficiales y Suboficiales activos o retirados.

³ Folios 79-80 del cuaderno principal

⁴ Folios 95-114 del cuaderno principal

Así mismo, hizo alusión a las normas que consagran la prima de actividad y el principio de oscilación como mecanismo para reajustar las asignaciones de retiro y las pensiones del personal referido, para sostener que aquellos que obtuvieron la prestación social respectiva con anterioridad al 1º de julio de 2007, tienen derecho a que se les ajuste la prima de actividad en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, interpretación que en su sentir, privilegia el principio de favorabilidad.

En ese sentido, dijo que al actor le resulta aplicable el incremento señalado, y que no se discute la aplicación del mismo, sino la forma como fue liquidado, ya que la entidad si bien aumentó la prima de actividad sobre el 25% que tenía reconocido, debió hacerlo sobre el 33% que es lo que devenga el activo correspondiente, aumentándole el 50% a dicho valor, que corresponde al 16.5%, lo cual daría un 41.5% como porcentaje final a reconocer por prima de actividad.

2.7. Alegatos en segunda instancia

El apoderado de la parte demandante⁵ en su escrito de alegaciones finales, solicita que se revoque la decisión de primera instancia, pues su prohijado tiene derecho al incremento del porcentaje de prima de actividad en el 50% que devengaban el activo correspondiente, es decir, aumentar en un 16.5% dicha partida, en aras que la prima de actividad refleje un 41.5%; finalmente expone algunos pronunciamientos de otros Tribunales Administrativos del país que considera se deben apreciar al momento de decidir de fondo el presente asunto.

2.8. El concepto del Ministerio Público

El representante del Ministerio Público se abstuvo de rendir concepto.

III. CONSIDERACIONES

3.1. La competencia

Por la naturaleza del proceso y el lugar de prestación del servicio⁶, el Tribunal es competente para decidir el asunto en **SEGUNDA INSTANCIA**, de conformidad con lo establecido por el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

3.2. El ejercicio oportuno de la acción

Teniendo en cuenta que el derecho pretendido versa sobre la reliquidación de una prestación periódica, no está sujeto al término de caducidad, conforme el literal c del numeral 1º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

3.3. El asunto materia de debate

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ha reiterado que la competencia del *Ad quem* se encuentra estrictamente limitada a los argumentos que expone la entidad demandada en el respectivo recurso de apelación; de suyo que no puede abarcarse un estudio

⁵ Folios 20-41 del Cuaderno de Segunda Instancia.

⁶ Folio 15 del cuaderno principal. Certificación último lugar de servicios, Batallón de Infantería José Hilario López en Popayán - Cauca.

Expediente	19001 33 33 009 2016 00423 01
Demandante	EFREN ALBEIRO BASTIDAS NOGUERA
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto	SENTENCIA II INSTANCIA

completo o total del proceso, sino circunscribir su análisis a desatar los planteamientos señalados en la alzada.⁷

Ello se atempera a lo dispuesto por el artículo 320 del Código General del Proceso⁸, según el cual el Juez de segunda instancia debe limitarse a resolver sobre los cargos del recurso.

Así las cosas, la Sala procederá a resolver el recurso interpuesto por la parte demandante, a efectos de determinar si en su situación particular como beneficiario de asignación de retiro reconocida como Sargento Primero (R) del Ejército Nacional, tiene derecho a que la entidad demandada reajuste la prima de actividad como partida computable en su asignación de retiro en el mismo porcentaje en que se ajustó la del personal activo del mismo grado, en los términos de los artículos 2º y 4º del Decreto 2863 de 2007, o si por el contrario, conforme se concluyó el fallo de primera instancia, es del caso negar las pretensiones incoadas confirmando el fallo apelado.

3.4. Lo probado en el proceso

Revisados los medios de prueba obrantes en el plenario, se tiene acreditado lo siguiente:

- Según la hoja de servicio No. 0020 expedida el 22 de febrero de 1997 a nombre de EFREN ALBEIRO BASTIDAS NOGUERA⁹, se comprueba que aquel ingresó al Ejército Nacional y desempeño el cargo de Sargento Primero hasta el 10 de noviembre de 1996, más tres meses de alta, para un tiempo total de **21 años, 6 meses y 17 días** de servicio, cuando fue retirado con derecho a la asignación de retiro.

- Mediante Resolución No. 0240 del 12 de febrero de 1997¹⁰, CREMIL reconoció al demandante asignación de retiro, a partir del 10 de febrero de 1997 en los términos del Decreto 1211 de 1990, incluyendo como partidas computables para efectos de liquidación, i) sueldo básico de actividad, **ii) prima de actividad 25%**, iii) subsidio familiar 39%, iv) prima de antigüedad 21%, y v) prima de navidad 1/12. Se destaca que en el acto de reconocimiento se describe que el señor BASTIDAS NOGUERA es casado, y también que solo procedía recurso de reposición en contra del acto administrativo.

- Mediante Certificación No. 613 fechada 8 de febrero de 2016, suscrita por el área de atención al usuario de CREMIL, se verifica que el Sargento Primero (R) EFREN ALBEIRO BASTIDAS NOGUERA devenga asignación de retiro, y la prima de

⁷ Criterio adoptado por la Sala Plena de la Sección Tercera en providencia de 9 de febrero de 2012, expediente 21.060, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Así mismo reiterado, entre otras, por la Sección Tercera- Subsección C, C.P.: Enrique Gil Botero, sentencias de 11 de julio de 2013, Rad. 19001-23-31-000-2001-00757-01(31252) y Rad. 05001-23-31-000-1995-01939-01 (30.424), entre otras. En esta última se refirió que "...Previo a decidir, debe precisarse que conforme lo ha señalado la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁷, la competencia del juez de segunda instancia está limitada a los motivos de inconformidad que expresen los recurrentes en sus escritos de apelación, de allí que, en el asunto sub examine esta Subsección se restringirá a los argumentos señalados por las partes, en sus recursos...".

⁸ Artículo 320. Fines de la apelación. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia: respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 71.

⁹ Folio 33 y vuelto del cuaderno principal

¹⁰ Folios 30 y 31 del cuaderno principal

actividad se computa en un **37.5%**.

- A través del oficio No. 211 CREMIL 26150, consecutivo No. 2015-19914 del 30 de marzo de 2015, suscritos por la Jefe de la Oficina Jurídica de CREMIL¹¹, se niega la petición incoada por el demandante el 16 de marzo 2015, relativas al reajuste de la asignación de retiro, con reajuste en prima de actividad como partida computable.

3.5 Marco legal de la prima de actividad para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

El Decreto 1211 de 1990 "Por el cual se reforma el estatuto del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares", consagró en sus artículos 158, 159 y 160 la prima de actividad como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro, así:

*"ARTICULO 158. LIQUIDACION 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.

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

*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%).

¹¹ Folio 29 del cuaderno principal

Expediente	19001 33 33 009 2016 00423 01
Demandante	EFREN ALBEIRO BASTIDAS NOGUERA
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto	SENTENCIA II INSTANCIA

- Para individuos con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%).

Hecha la anterior precisión, conviene señalar que posteriormente con base en 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*", el Gobierno Nacional profirió el Decreto 4433 del mismo año, que estableció el régimen pensional y de asignación de retiro del personal de la Fuerza Pública, que en uno de sus apartes señaló las partidas computables (art. 13) y el principio de oscilación de la asignación de retiro y la pensión (art. 42), manteniendo en ella la denominada prima de actividad.

Ahora bien, tanto la Ley 923, como el Decreto 4433, fueron expedidos por el Legislador para regular las situaciones producidas a partir de su vigencia, y no para regular derechos consolidados y reconocidos con anterioridad, tal como se infiere de sus artículos 7¹² y 2¹³, respectivamente, situación que no vulnera el principio de igualdad que asiste a los retirados bajo un régimen anterior, y los que se retiran en vigencia de las normas referidas, tal como lo expuso la H. Corte Constitucional en la Sentencia C-924 del 6 de septiembre de 2005, de la que se concluye que el establecimiento de un régimen prestacional posterior diferente al vigente hasta ese momento, que contemple prerrogativas más favorables hacia futuro, no vulnera el citado principio, dado que con ello se pretende asegurar la estabilidad del sistema jurídico, pues de no ser así, reinaría la más absoluta incertidumbre e inseguridad ante el desconocimiento de las leyes futuras que luego se habrían de aplicar a los hechos presentes y pasados.

Luego, el Decreto 1515 de 2007¹⁴ "*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; Personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial*", respecto de la prima de actividad precisó:

"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".

Posteriormente, se advierte que el Decreto 2863 de 27 de julio de 2007, "*Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones*", incrementó la prima de actividad para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en un 50% del sueldo básico, tanto para los activos como para los retirados con asignación de

¹² Artículo 7°. Vigencia. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias

¹³ Artículo 2°. Garantía de los derechos adquiridos. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y Soldados de las Fuerzas Militares, o sus beneficiarios, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a una asignación de retiro o a una pensión de invalidez, o a su sustitución, o a una pensión de sobrevivencia, conservarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos, conforme a normas anteriores

¹⁴ Decreto derogado por el artículo 37 del Decreto 673 de 2008

retiro o pensión de invalidez, reconocidas a partir del 1° de julio de 2007. Los artículos 2, 4, 6 y 7 del mencionado Decreto, señalan lo siguiente:

“Artículo 2°. *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%).

(...)

Artículo 4°. *En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 1° de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, por razón del incremento de que trata el artículo 2° del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007.*

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

(...)

Artículo 6°. *Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992 y en el artículo 5° de la Ley 923 de 2004. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.*

(...)

Artículo 7°. *El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, modifica en lo pertinente el inciso tercero del parágrafo del artículo 2° y el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 y las demás normas que le sean contrarias y surte efectos fiscales a partir del 1° de julio de 2007.”*

Para la Sala resulta indispensable señalar que luego de la expedición de los Decretos 673 de 2008¹⁵, Decreto 1028 de 2015¹⁶ y Decreto 984 de 2017¹⁷, únicamente se encuentra vigente el artículo 4° del Decreto 2863 de 2007, que estableció que en virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro 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, entre otros, obtenida antes del 1° de julio de 2007, tienen derecho a que se les ajuste la prima de actividad en el mismo porcentaje que se incrementó al personal activo, esto es en un 50%.

¹⁵ Artículo 37°. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga el Decreto 1515 de 2007 y el Decreto 2863 de 2007, **con excepción de lo dispuesto en el artículo 4°** y surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2008.

¹⁶ Artículo 36°. **El artículo 4° del Decreto número 2863 de 2007 continúa vigente.**

¹⁷ Artículo 36°. **El artículo 4° del Decreto número 2863 de 2007 continúa vigente.**

Expediente	19001 33 33 009 2016 00423 01
Demandante	EFREN ALBEIRO BASTIDAS NOGUERA
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto	SENTENCIA II INSTANCIA

En relación con la interpretación de los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, H. Consejo de Estado¹⁸ en sentencia de 25 de noviembre de 2014, al decidir una acción de tutela contra una sentencia judicial proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en segunda instancia, en un caso análogo, hizo las siguientes precisiones:

“(...) De la lectura de las anteriores disposiciones se concluye claramente que el incremento de la prima de actividad tanto para el personal activo como para el retirado es del 50% y, que para los miembros activos de la Fuerza Pública dicho porcentaje se calcula sobre el sueldo básico [artículo 84 del Decreto 1211 de 1990].

Luego, si al personal activo se le liquida la prima de actividad de acuerdo con el salario básico y el rango, para el personal retirado ese factor salarial se liquidará de conformidad con el porcentaje que por ese concepto se reconoció en la asignación de retiro, sin que le sea posible al actor hacer otro tipo de interpretación.

Como se indicó en párrafos anteriores, al Sargento Segundo ® Luna Cervera se le liquidó la prima de actividad en la asignación de retiro de acuerdo con el artículo 141 del Decreto 1212 de 1990, es decir, que debido al tiempo de servicio obtuvo el 25% por ese concepto y, en ese sentido, el reajuste del 50% de que trata el Decreto 2863 de 2007 correspondió al 12.5%, para total del 37.5%, como lo realizó oficiosamente CASUR y como lo concluyeron las autoridades judiciales demandadas.

(...) la Sala considera que en el caso sub examine la labor interpretativa realizada por las autoridades judiciales demandadas se encuentra debidamente sustentada y razonada y, en consecuencia, no es susceptible de ser calificada como en defecto sustantivo como pretende el actor, por cuanto la decisión de no decretar la nulidad del Oficio 5446 del 25 de agosto de 2011, que negó el reajuste de la prima de actividad del actor en el 41.5%, se fundamentó en un criterio jurídico admisible a la luz de la interpretación de las normas aplicables.

Se anota que no es posible aplicar el principio pro operario o de favorabilidad, por cuanto, en el presente caso, no existe duda alguna en relación con dos o más normas aplicables para la solución del problema jurídico planteado. Además, como se vio, la base sobre la que debe liquidarse el reajuste del 50% de la prima de actividad de que tratan los artículos 2º y 4 del Decreto 2863 de 2007 tienen el debido fundamento legal.” (Negrilla y subraya por la Sala)

La decisión antes mencionada fue objeto de apelación, y fue confirmada íntegramente por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia de 5 de marzo de 2015, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, considerando:

“(...) que las autoridades judiciales accionadas realizaron una labor interpretativa debidamente sustentada y razonada al indicar que al accionante se le liquidó en la asignación de retiro un 25% por concepto

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Tutela contra sentencia judicial. Fallo de 25 de noviembre de 2014. Radicación número: 11001-03-15-000-2014-02657-00(AC). C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia. Actor: José Rómulo Luna Cervera. Demandado: Juzgado Diecisiete Administrativo de Descongestión de Bogotá y la Sala de Descongestión de la Sección Segunda, Subsección “F” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca..

Expediente	19001 33 33 009 2016 00423 01
Demandante	EFREN ALBEIRO BASTIDAS NOGUERA
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto	SENTENCIA II INSTANCIA

de "prima de actividad" de conformidad con el tiempo de servicio establecido en el artículo 141 del Decreto 1212 de 1990, la cual se ajustó en un 50% de acuerdo al principio de oscilación dispuesto en el artículo 4° del Decreto 2863 de 2007, correspondiente a un 12.5%, que computado al 25% de "prima de actividad" ya reconocida, arroja un porcentaje del 37.5%, por lo que, no se configura el defecto sustantivo alegado por el accionante."

De acuerdo con lo expuesto, se concluye que la prima de actividad y el aumento que se hizo en virtud del Decreto 2863 de 2007, fue un aumento porcentual equivalente al 50% de lo que cada retirado tiene reconocido, y que el artículo 2° aplica con exclusividad para el personal activo y el artículo 4° para el personal retirado, es decir, que la prima de actividad para el personal activo pasó de representar un 33% del sueldo básico previsto en el artículo 84 del Decreto Ley 1211 de 1990, a un 49.5% por virtud del artículo 2° del Decreto 2863 de 2007; ahora, al personal retirado, por disposición del artículo 4° del Decreto 2863 de 2007, le aumentó en un 50% del porcentaje que ya devengaba.

Finalmente, el Consejo de Estado se pronunció sobre la interpretación que merece el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007, en los siguientes términos¹⁹:

"Para la Sala, cuando el artículo 4° del Decreto 2863 del 2007 señala el derecho de ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, al remitirse al artículo 2° del mismo decreto se refiere en concreto al porcentaje del 50% y no al resultado de aplicar el 50% al 33% de que trata el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990.

No sobra resaltar, que para el cómputo del aumento mencionado, la entidad obligada debía tener en cuenta el tiempo y porcentaje reconocido al momento en que se le reconoció la asignación de retiro, pues conforme a ello, es que se ajusta la prima de actividad equivalente al 50%, en tanto la disposición se refiere al aumento en el valor de una variable, lo cual hace referencia a que el reajuste tiene lugar respecto a la proporción reconocida al demandante al momento en que se consolidó el derecho.

Conforme a lo establecido en los artículos 2 y 4 del Decreto 2768 de 2007, en el cual se dispuso que los Oficiales y suboficiales con asignación de retiro reconocida por las Fuerzas Militares, tienen derecho a que se les reajuste la prima de actividad en el mismo porcentaje en que se haya ajustado al del activo correspondiente, lo que significa que se debe aplicar el 50% del incremento del porcentaje de la prima de activada que percibe como retirado, conforme así lo ha venido realizando la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares desde el 1 de julio de 2007, conforme se encontró probado".

3.6. El caso concreto

La Juez de instancia denegó las pretensiones de la demanda, considerando que CREMIL había ajustado adecuadamente el porcentaje de prima de actividad que correspondía a la asignación de retiro del Sargento Primero (R) BASTIDAS NORGUERA, pues al momento del reconocimiento pensional dicha partida se

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: César Palomino Cortés, sentencia del 14 de junio de 2018, expediente No. 25000-23-25-000-2012-01653-01(1762-17)

Expediente	19001 33 33 009 2016 00423 01
Demandante	EFREN ALBEIRO BASTIDAS NOGUERA
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto	SENTENCIA II INSTANCIA

estableció en 25%, y luego de la aplicación del Decreto 2863 de 2007, aquella se incrementó en un 50%, hasta el 37.5%.

Por su parte, la parte actora, inconforme con la sentencia dictada por la *A quo*, manifestó que las pretensiones de la demanda han debido concederse, en tanto que se interpretó erróneamente las previsiones del Decreto 2863 de 2007, desconociendo la favorabilidad que le asiste al demandante, por ende, solicitó que la prima de actividad como partida computable de su asignación de retiro, se incrementase en 50% de lo que devengaban el servicio activo para ese momento, es decir, un 16.5% adicional, para un total de 41.5% de prima de actividad.

A partir de los elementos probatorios obrantes en el legajo, la Sala encuentra probado que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares mediante Resolución No. 0240 del 12 de febrero de 1997 reconoció al señor EFREN ALBEIRO BASTIDAS NOGUERA, en su calidad de Sargento Primero (R) del Ejército Nacional, una asignación mensual de retiro equivalente al 74% del sueldo básico de actividad para el grado y demás partidas computables, efectiva a partir del 10 de febrero de 1997, teniendo en cuenta que prestó 21 años, 6 meses y 17 días de servicio a esa institución y le fijó igualmente la prima de actividad en un 25%.

Igualmente, se probó que a través de petición radicada el 16 de marzo de 2015, ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, el accionante solicitó el reajuste de la prima de actividad computada en la asignación de retiro, conforme al Decreto 2863 de 2007, en respuesta, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad demandada resolvió desfavorablemente la petición, a través del acto, objeto de esta demanda, expresándole que la asignación de retiro reconocida al accionante y la prima de actividad computada se reconoció y liquidó conforme lo preceptuado en las normas vigentes para la fecha de su retiro y teniendo en cuenta el tiempo de servicios prestado; así mismo indicó, que en cumplimiento del Decreto 2863 de 2007, se reliquidó la asignación de retiro con el incremento del 50% de la prima de actividad y por ende se le viene liquidando en 37.5% a partir del 1° de julio de 2007, circunstancia que se ratifica a partir de la certificación emitida por el Área de Atención al Usuario de CREMIL expedida en febrero de 2016.

Así las cosas, observa la Sala que teniendo en cuenta el tiempo de servicios prestados por el accionante (21 años, 6 meses y 17 días), se encuentra probado que el porcentaje en el que inicialmente se reconoció la prima de actividad como partida computable en la asignación de retiro del actor fue 25%, circunstancia que no fue controvertida por ninguna de las partes en litigio.

Hecha la anterior precisión, a partir de la normatividad y pronunciamientos jurisprudenciales aplicables, la Sala concluye que no le asiste razón a la parte actora cuando señala que en atención al principio de oscilación, su asignación de retiro debe ser reajustada teniendo en cuenta todas las variaciones que surjan respecto de la asignación que percibe el personal activo de las Fuerzas Militares, toda vez que, como se expuso líneas atrás, cada una de esas asignaciones (en retiro, y en actividad) tienen preceptos normativos que indican los factores que deben tenerse en cuenta para su liquidación²⁰, lo cual no vulnera el principio de igualdad, como lo ha sostenido la H. Corte Constitucional.

²⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A". Nulidad y restablecimiento del derecho. Sentencia de 15 de marzo de 2001. Radicación número: 250002325000192901(1650-00). C.P. Alberto Arango Mantilla. Actor: Guillermo Camelo Caldas. Demandado: CREMIL

Expediente	19001 33 33 009 2016 00423 01
Demandante	EFREN ALBEIRO BASTIDAS NOGUERA
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto	SENTENCIA II INSTANCIA

En igual orden de ideas, la Sala destaca que el artículo 4° del Decreto 2863 de 2007 funda su aplicación en el principio de oscilación, entendido éste como una forma de actualización diferente a la que de manera general se ha establecido para las pensiones que devengan los servidores públicos y que consiste en una regla de dependencia entre la asignación que perciben los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y aquellos que se encuentran en retiro. Sobre el particular, el artículo 169 del Decreto 1211 de 1990 dispuso:

“ARTICULO 169. OSCILACION DE ASIGNACION DE RETIRO Y PENSION. 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.”

En consecuencia, el principio de oscilación consiste básicamente en un método de actualización de la asignación de retiro que permite a los miembros retirados de la fuerza pública hacer extensivos los beneficios prestacionales del personal en servicio activo, cuyas variaciones porcentuales les han de resultar aplicables para el cómputo de la mencionada prestación, empero, tal metodología no impone igualar o equiparar los porcentajes que perciben por concepto de prestaciones los miembros activos frente al personal retirado, pues, se insiste, su finalidad única es la de ser un método de actualización que, en todo caso, pende de los porcentajes de liquidación empleados al momento de reconocer la asignación de retiro, pues son éstos los que van a verse afectados por el principio de oscilación.

En consecuencia, para la Sala, cuando el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007 establece que los beneficiarios de asignación de retiro tienen derecho a que la prima de actividad "se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente", habrá de entenderse que si en el artículo 2° de dicha norma, se ordenó un incremento del 50 % para el personal activo, será este mismo porcentaje el que habrá de aplicarse al personal retirado respecto del porcentaje de prima de actividad con el que fue reconocida la asignación de retiro.

Una interpretación distinta conllevaría a desconocer lo previsto en los artículos 84 y 159 del Decreto 1211 de 1990 que estableció de forma clara una diferenciación entre el porcentaje de la prima de actividad que devenga el personal activo de la fuerza pública y el porcentaje de ésta reconocido en la asignación de retiro del personal retirado. Nótese además que el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007 ordenó un reajuste de la prima de actividad para el personal en retiro, en un porcentaje equivalente al decretado para el personal activo, esto es, lo que quiso equiparar la norma fue el porcentaje de reajuste, más no, la prima de actividad que como tal devengan uno y otro beneficiario.

Por ello, resalta la Sala que, se debe tener en cuenta el tiempo de servicio y el porcentaje reconocido al momento de la adquisición del status, toda vez que de acuerdo a éstos es que se ajusta la prima de actividad en un 50%, en vista que dicho ajuste tiene lugar respecto de la proporción reconocida al causante cuando consolidó su derecho, como se indicó. Para el caso sub examine como el porcentaje reconocido como prima de actividad fue el 25% para la fecha del

Expediente	19001 33 33 009 2016 00423 01
Demandante	EFREN ALBEIRO BASTIDAS NOGUERA
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Asunto	SENTENCIA II INSTANCIA

reconocimiento de la asignación respectiva, y dicho porcentaje se aumenta en el 12.5% que corresponde al 50% de lo que tenía reconocido, en los términos del artículo 4° del Decreto 2863 de 2007.

Entonces, al realizar la operación matemática, se comprueba que la prima de actividad se debía computar en un total del 37.5%, porcentaje que la entidad reconoció y viene liquidado a partir de julio de 2007, según lo indicado en el acto acusado, por lo anterior, es claro que la entidad demandada no desconoció el reajuste de la prima de actividad previsto en el Decreto 2863 de 2007.

Corolario de lo expuesto, al verificar que CREMIL efectuó el reajuste de la prima de actividad para efectos de la liquidación de la asignación de retiro del señor BASTIDAS NOGUERA de conformidad con las normas vigentes, y en la proporción correcta, le asiste razón a la A quo para desestimar las pretensiones de la demanda, y en consecuencia, la Sala confirmará la sentencia apelada

3.7. Costas en segunda instancia

En los términos del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dentro de la sentencia el Juez deberá pronunciarse sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de General del Proceso.

Al cumplirse con las previsiones contenidas en el artículo 365-3 del C.G.P.²¹, se condenará en costas a la parte demandante, fijándose en cero punto cinco por ciento (0.5%) sobre el valor de las pretensiones, las cuales al tenor del artículo 366 ibídem deberán liquidarse por el Juzgado de origen una vez quede ejecutoriado el auto que ordene estar a lo dispuesto por el Superior, siguiendo las reglas allí previstas.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Sentencia No. 138 del dieciocho (18) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Popayán, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas a la **parte demandante**, fijándose en cero punto cinco por ciento (0.5%) sobre el valor de las pretensiones, conforme lo expresado en precedencia.

TERCERO.- NOTIFÍQUESE la presente sentencia a las partes de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 203 del CPACA.

²¹ "3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda."

Expediente
Demandante
Demandado
Acción
Asunto

19001 33 33 009 2016 00423 01
EFREN ALBEIRO BASTIDAS NOGUERA
CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
SENTENCIA II INSTANCIA

CUARTO.- En firme esta decisión, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por el Tribunal en sesión de la fecha.

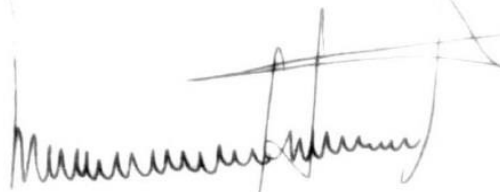
Los Magistrados,



JAIRO RESTREPO CÁCERES



CARLOS LEONEL BUITRAGO CHÁVEZ



CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO