

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, veintidós (22) de julio de dos mil veintiuno (2021)

RADICACIÓN: 15001 33 33 007 2018 00188- 00

DEMANDANTE: CARLOS ALBERTO ÁLZATE GONZÁLEZ

DEMANDADO: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO A RESOLVER:

Agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181 de la Ley 1437 de 2011 – CPACA, procede el Despacho a dictar SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, adelantado a través de apoderado judicial por el señor Carlos Alberto Álzate González en contra de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL.

I. ANTECEDENTES

1.- DEMANDA (Exp. digital Archivo No. 3)

1.1 Pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el Art. 138 de la Ley 1437 de 2011, el señor CARLOS ALBERTO ÁLZATE GONZÁLEZ, a través de apoderada judicial interpuso demanda contra la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, solicitando se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No 2018-16659 de fecha 16 de febrero de 2018, proferido por la Coordinadora del Grupo Centro Integral de Servicios al Usuario.

A título de restablecimiento del derecho pretende que se condene a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL, a reajustar y pagar su asignación de retiro, incrementándose el porcentaje de la prima de actividad en un 36.5% a partir del 1 de julio de 2007, que se cancelen con retroactividad, todos los valores adeudados en forma indexada, el pago de intereses y la condena en costas y agencias en derecho.

1.2 Hechos

Los hechos en que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes:

Adujo que al demandante le fue reconocida asignación de retiro a cargo de CREMIL, incluyéndose como partida computable la prima de actividad en cuantía del 20%.

Indicó que a partir del año 2007 CREMIL aplicando el Decreto 2863 de 2007, ajustó la prima de actividad en el sentido de sumar el 50% al porcentaje que venía siendo reconocido en la resolución de retiro, es decir, solo tuvo en cuenta el porcentaje o monto del 50% del artículo segundo del mencionado decreto.

Aseguró que el demandante cumple con el presupuesto estipulado en el artículo 4° del Decreto 2863 de 200, en tanto, la asignación de retiro es anterior al 1 de julio de 2007, motivo por el cual, si bien e incremento realizado por CREMIL, se hizo en un 50% del monto de la prima de actividad, también lo es que no se hizo sobre la base correcta, que es el mismo porcentaje de prima de actividad que gana el personal militar en servicio activo (33%), por cuanto así lo establece el artículo 4 del referido decreto, generándose un detrimento acumulado a partir del año 2007.

1.3 Normas violadas y concepto de violación

Señaló como normas violadas las siguientes: artículos 4, 13 y 53 de la Constitución Política de Colombia; 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, Ley 923 de 2004 y 42 del Decreto 4433 de 2004.

Sostuvo que el acto acusado está viciado de falsa motivación, toda vez que considera que su asignación de retiro debe ser reajustada pues el actor cumple con lo previsto en el artículo 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, destacando que el incremento de su asignación se realizó en un 50% del monto de la prima de actividad que viene reconocida en la resolución de retiro, pero no sobre la base correcta, esto es, lo que devenga el personal en servicio activo, lo que en su sentir genera detrimento acumulado de la asignación mensual de retiro desde 2007.

Expuso que al no incrementársele la prima de actividad en un 36.5%, la entidad demandada desconoce lo preceptuado en el artículo 53 de la Constitución Política, pues su asignación de retiro se encuentra por debajo otros funcionarios públicos que desempeñaban labores iguales o similares a las que él realizaba.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (E.D. Archivo No 12)

La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL-, tal como se señaló en audiencia inicial de fecha 07 de octubre de 2019 (E.D. Archivo No. 17) presentó en forma extemporánea contestación a la demanda.

3. TRÁMITE DEL MEDIO DE CONTROL

La demanda fue presentada para reparto el 13 de noviembre de 2018 (Archivo 05, E.D), siendo admitida el 18 de enero de 2019 (Archivo 7, E.D.) donde se ordenó la notificación a la parte demandada.

A través de auto de 12 de agosto de 2019, este Despacho dispuso fijar fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A (Archivo15, E.D).

Dicha audiencia tuvo lugar el 7 de octubre de 2019 y en ella se adelantaron las etapas de saneamiento del proceso, decisión de excepciones previas, fijación del litigio, conciliación y decreto de pruebas (Archivo 17, E.D.), a la vez que se fijó fecha para audiencia de pruebas, la que se realizó el 14 de noviembre de 2019 (Archivo 23, E.D.).

Adelantada la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 del C.P.A.C.A, por auto de 04 de febrero de 2021 se incorporaron la totalidad de las pruebas decretadas y se corrió traslado para que las partes para que se pronunciaran sobre el recaudo probatorio (Archivo 29, E.D.). Finalmente mediante auto del 4 de marzo de 2021 se dispuso correr traslado para alegar de conclusión (Archivo 32 E.D.).

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado para alegar de conclusión (Exp. Digital Archivo No. 33) mediante providencia de 04 de marzo de 2021, únicamente el Ministerio Público allego pronunciamiento, así:

4.1.- Ministerio Público (E.D. Archivo No. 33)

Luego de la relación de antecedentes del asunto de la referencia y la síntesis del marco jurídico y jurisprudencial aplicable, la Procuradora Judicial 68 para Asuntos Administrativos Delegada ante este estrado judicial, conceptuó precisando que el ajuste del 50% en aplicación del Decreto 2863 de 2007 debe tomar en cuenta el valor percibido por concepto de prima de actividad al momento del retiro; en tal sentido, el actor no tiene derecho a que tal partida ascienda al 36.55% pues conforme resultó probado, al demandante se le reconoció la prima de actividad en el porcentaje del 20%, siendo este monto sobre el cual la entidad estaba obligada a realizar el aumento contemplado en el Decreto 2863 de 2007.

Destacó que, de conformidad a la postura jurisprudencial vigente, el incremento de la prima de actividad se liquida con el porcentaje asignado en el momento de adquirir el status, que para el caso bajo estudio es del 20% incrementado en el 10% para un total de 30%, tal como viene siendo reconocido por la entidad demandada, por lo que los cargos

de nulidad de violación de normas constitucionales y legales, así como la falsa motivación endilgada al acto acusado no se encuentra acreditada.

Finalmente, solicitó declarar que el acto administrativo se ajusta a las normas legales y constitucionales, por cuanto no vulnera el principio de oscilación, ni el derecho a la igualdad del demandante, razón por la cual no hay lugar a declarar su nulidad y en consecuencia, no deberá accederse a las pretensiones de la demanda.

4.2 La PARTE ACTORA y la CAJA DE RETIRO DE FUERZAS MILITARES se abstuvieron de presentar alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

1.- Problema jurídico:

Corresponde al Despacho el estudio de la legalidad del Oficio No. 2018-16659 de fecha 16 de febrero de 2018, por medio del cual la entidad demandada negó el reajuste de la asignación de retiro del demandante. Para tal efecto, se deberá establecer si el señor CARLOS ALBERTO ÁLZATE GONZÁLEZ tiene derecho al reconocimiento y pago del reajuste de su asignación de retiro del 30% al 36.5% conforme a lo establecido en el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007 y atendiendo al principio de oscilación establecido en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, o si, por el contrario, la liquidación efectuada por la entidad demandada con el 30% se ajusta a derecho.

Para resolver el problema jurídico el Despacho abordará el fondo del asunto de la siguiente manera:

2.- MARCO JURÍDICO

2.1 De la prima de actividad como partida computable en la asignación de retiro

La Ley 131 de 1961 creó la prima de actividad a favor de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y del personal civil de las Fuerzas Militares, excluyéndola como factor de liquidación de la asignación de retiro y demás prestaciones sociales. Luego, el Decreto Extraordinario 188 de 1968 extendió sus beneficiarios y aumentó su cuantía, en un 30% del sueldo básico¹.

¹ "ARTÍCULO 3o. La prima de actividad para personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, será del treinta por ciento (30%) de su sueldo básico y se aumentará en un uno y medio por ciento (1 ½ %) por cada año de servicio cumplido en el grado respectivo, sin que exceda del treinta por ciento (30%).
PARÁGRAFO: Cuando el Oficial o Suboficial sea ascendido al grado inmediatamente superior, nuevamente la prima de actividad con el treinta por ciento (30%) del sueldo básico, reajustándose anualmente, en la forma prevista en este artículo."

El Decreto Ley 089 de 1984 “*Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares*”, en cuyo artículo 80 estableció la prima de actividad para el personal en servicio activo equivalente al 33% del respectivo sueldo básico. Además, el artículo 151 ibidem señaló que ésta era factor de liquidación en asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales.

El Decreto 95 de 1989, por el cual se reguló la carrera profesional de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares dispuso en su artículo 82 que los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo se les pagaría prima mensual de actividad equivalente al 33% del respectivo sueldo básico. A su vez, el artículo 153 del mismo decreto la incluyó en la liquidación de prestaciones sociales, y el artículo 154 ídem la dispuso como factor computable en las asignaciones de retiro de quienes fueran separados del servicio activo a partir de la entrada en vigor de dicha norma, teniendo en cuenta el tiempo de servicio del oficial o suboficial retirado.

El **Decreto 1211 de 1990**, por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, señala en sus artículos 84, 158, 159 y 160, sobre la prima de actividad, **para el personal retirado**, lo siguiente:

***“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.*

***ARTÍCULO 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 pensionales y demás prestaciones sociales.*

***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%).*

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.”

Observa el Despacho que la norma en comento, en lo relacionado con la prima de actividad para el personal retirado, estableció una *escala porcentual* que se tiene en cuenta para efectos de liquidar las prestaciones sociales y reconocer las pensiones y asignaciones de retiro de los Oficiales y Suboficiales del Ejército que fueren causadas durante su vigencia.

Posteriormente se expidió 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 y en cuanto a su alcance, objetivos y criterios, señaló:

*“ARTÍCULO 1o. ALCANCE. El Gobierno Nacional con sujeción a las normas, criterios y objetivos **contenidos en esta Ley**, fijará el régimen de la asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública.*

ARTÍCULO 2o. OBJETIVOS Y CRITERIOS. Para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta además de los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad los siguientes objetivos y criterios:

*2.1. El respeto de los derechos adquiridos. **Se conservarán y respetarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a***

disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma.

(...)

ARTÍCULO 3o. ELEMENTOS MÍNIMOS. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

*3.8. Las asignaciones de retiro, las pensiones de invalidez de los miembros de la Fuerza Pública y su sustitución, así como las pensiones de sobrevivientes en ningún caso serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente. **La sustitución de la pensión será igual a lo que venía disfrutando el titular, con excepción de los porcentajes adicionales para quienes se pensionen a partir de la vigencia de la presente Ley.***

Para desarrollar Ley 923 de 2004, el Gobierno Nacional expidió el **Decreto 4433 de 2004**, “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”, y en lo atinente a la prima de actividad frente a las asignaciones de retiro señaló lo siguiente:

“ARTICULO 2o. 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.”**

ARTÍCULO 13. Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

13.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente Decreto.

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

13.1.7 Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° 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”.

Así, la prima de actividad, como su nombre lo indica, fue inicialmente inspirada en el desempeño efectivo del cargo, en ejercicio de la actividad, prerrogativa económica contemplada en el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 con los porcentajes allí señalados, pero una vez se hace uso del retiro, el interesado entra a la órbita del artículo 158 del mismo Decreto 1211 ya transcrito, que relaciona los porcentajes de la prima de actividad aplicable al personal retirado, en una proporción menor.

Al respecto, el Consejo de Estado² ha indicado que la **prima de actividad** ha sido reconocida, entre otros, a los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional como miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y a los retirados como factor para la liquidación del monto asignación de retiro. Para estos últimos, se ha reconocido de acuerdo a una escala porcentual que atiende la antigüedad en el servicio y siempre en función del salario básico percibido al tiempo del retiro y de acuerdo con la norma vigente al retiro.

Pues bien, el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990 regula para el personal en servicio la prima de actividad, en los siguientes términos:

***“ARTÍCULO 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.”*

En relación con el incremento del porcentaje de la prima de Actividad, el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007³, establecía lo siguiente:

“La prima de actividad de que trata el Artículo 38 del Decreto Ley 1214 de 1990, será de treinta y tres por ciento (33%) del sueldo básico mensual”

Este artículo fue modificado por el **Decreto 2863 de 2007**⁴, expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, fijando un incremento al porcentaje de la prima de actividad, incluyendo a quienes les había sido reconocida la asignación de retiro aún con anterioridad a esta norma:

² *CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Subsección “B”. Consejero ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez. Sentencia de 26 de marzo de 2009. Rad.: 73001-23-31-000-2006-00964-01(0871-07). Actor: Oscar Gómez Briñez. Demandado: Caja de Retiro De Las Fuerzas Militares.*

³ *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.*

⁴ *“Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones.”*

“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 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 tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento 50%

Artículo 4º. *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.” (Resaltado del Despacho)

Así las cosas, se advierte que en la modificación al régimen salarial, introducida por el Decreto 2863 de 2007, se precisaron los regímenes a los que era aplicable el incremento en la prima de actividad, así, para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional – Decretos 1211 y 1212 de 1990 – y el personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional – Decreto 1214 de 1990-.

En este orden de ideas, conforme lo prevé el Decreto 2863 de 2007, el porcentaje de la prima de actividad del personal activo fue incrementado en un 50% y, en virtud del principio de oscilación, también los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares que gozan de asignación de retiro o pensión, tienen derecho a que les ajuste la mencionada prima en el mismo porcentaje en que se ajustó tal prestación al personal activo correspondiente.

Sobre el particular, el Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia de **9 de marzo de 2015**, con ponencia del magistrado Fabio Iván Afanador García⁵, al efectuar el respectivo análisis de lo establecido en el Decreto 2863 de 2007; enunció lo siguiente:

“El primer inciso del artículo 2º hace relación a las siguientes normas: artículo 84 Decreto 1211 (prima de actividad del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares activos), artículo 68 del Decreto 1212 de 1990 que consagra la prima de actividad para Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional Activos y artículo 38 del Decreto Ley 1214 de 1990, que reconoce la prima de actividad para los empleados del Ministerio de Defensa; por

⁵ Sala de Decisión No. 1. Radicación No. 15001 3333 005 2013 00139-01, Demandante: Víctor Manuel Carrillo Carrillo.

tanto, en principio y de manera directa, el contenido normativo de este inciso está dirigido al personal en servicio activo. (Subraya de la cita)

*El inciso segundo de la norma en comento regula el impacto de la prima de actividad en las demás prestaciones sociales, como quiera que la primera sirve de partida para computar las últimas (art. 158 D.L. 1211/90). En estos casos, se prevé un incremento de la prima de actividad, como partida computable, en un 50% según el tiempo de servicio. **Ahora bien, el inciso en estudio dejó claro que tal incremento de la prima de actividad teniendo en cuenta el tiempo de servicio no se aplica para el cálculo de la asignación de retiro o pensión, pues fue expresamente excluido en dicha norma al consagrar que “... para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión”.***

Así las cosas, el contenido normativo del inciso segundo en comento tendría campo de aplicación específico para las prestaciones sociales diferentes a la asignación de retiro o pensión, como lo serían la indemnización por disminución de la capacidad sico-física (art. 181), el auxilio de cesantía, la compensación por muerte en combate (art. 189) o en misión del servicio (art. 190) o simplemente en actividad (art. 191), entre otras.

En búsqueda del porcentaje de incremento de la prima de actividad en la asignación de retiro del personal retirado de las Fuerzas Militares, se debe analizar el contenido del artículo 4° del Decreto 2863 de 2007, que establece:

*“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. Resaltado fuera de texto*

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

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

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

Es importante, señalar que el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, en sentencia de 26 de octubre de 2017 proferida dentro del expediente con radicación número 25000-23- 42-000-2014-01655-01(1717-15), con ponencia de la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez⁶, señaló en relación con el asunto bajo examen, lo siguiente:

*“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 25% de que trata el artículo 142 del Decreto 2062 de 1984.***

Es de resaltar que para el cómputo del aumento referido debe observarse el tiempo de servicio y el porcentaje reconocido al momento de la adquisición del status, por cuanto de acuerdo a éstos es que se ajusta la prima de actividad en un 50%, en tanto la disposición hace referencia al aumento en el valor de una variable, lo cual implica que el ajuste de la prima de actividad del 50% tiene lugar respecto de la proporción reconocida al demandante cuando consolidó su derecho.

En consecuencia, es del caso confirmar la sentencia de primera instancia, ya que los artículos 2° y 4° del Decreto 2768 del 2007 establecen expresamente que los Suboficiales con asignación de retiro de las Fuerzas Militares tienen derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, lo que no es nada diferente a que se le aplique el 50% de incremento del porcentaje de prima de actividad que percibe como retirado, que es lo que ha hecho la entidad demandada desde el 1° de julio del 2007.

Entonces, si bien es cierto el demandante tiene derecho a que se le incremente su prima de actividad, en el porcentaje consagrado en el Decreto 2863 del 2007, no es posible acceder a lo pretendido por el actor, por cuanto al revisar integralmente el expediente encuentra la Sala que la entidad demandada ya realizó el reajuste ordenado por dicho estatuto” (Resaltado del Despacho)

La anterior postura fue reiterada en sentencia proferida por la misma Corporación, de fecha **30 de noviembre de 2017** dentro del proceso con radicado No. 25000-23-42-000-2012-01126- 01(2773-14)⁷, y de **14 de junio de 2018** con ponencia del consejero César Palomino Cortés, al interior del proceso con radicado No. 25000-23-25-000-2012- 01653-01 (1762-17)⁸, en la que enunció lo siguiente:

“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” (Resaltado del Despacho)

El anterior criterio fue acogido por el Tribunal Administrativo de Boyacá en la sentencia proferida el 30 de agosto de 2018 dentro del proceso radicado No. 15001-33-33-012-

⁶ Demandante: Nemesio Aguilar Parra, Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional (CASUR).

⁷ Demandante: Héctor Guillermo Santos Solano, Demandado: CASUR

⁸ Demandante: Ramón Salazar Parada, Demandada: Caja de Sueldos de Retiro de Las Fuerzas Militares

2016-00054-01, en el que fue demandante Hipólito Serrano Gutiérrez y demandada la Caja de Retiro de la Policía Nacional - CASUR -⁹, en el entendido de que el ajuste del 50% de que trata el artículo 20 del Decreto No. 2863 de 2007, debe efectuarse sobre el porcentaje reconocido por prima de actividad al momento de retiro. Posición reiterada en pronunciamientos de 11 de febrero de 2020¹⁰, 12 de marzo de 2020¹¹, 26 de enero de 2021¹² y 25 de marzo de 2021.¹³

2.2 Del principio de oscilación

En virtud del principio de oscilación las asignaciones de retiro mantienen su poder adquisitivo al ser reajustadas o incrementadas teniendo en cuenta las variaciones que en todo tiempo se efectúen a las asignaciones en actividad. En los siguientes términos lo ha enunciado el Consejo de Estado:

“Por el principio de oscilación que gobierna las asignaciones de retiro y de pensiones de los Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, dichas prestaciones sociales se liquidan tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base liquidación de las prestaciones sociales”¹⁴.

Sobre el particular, el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 señaló:

“Artículo 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”.

⁹ En esa oportunidad, se rectificó el criterio seguido por éste Tribunal en casos de similares contornos fácticos, tales como en la sentencia proferida el 9 de marzo de 2015, con ponencia del Magistrado Doctor Fabio Iván Afanador García, Sala de Decisión No. 1., expediente con Radicación No. 15001 3333 005 2013 00139-01, Demandante: Víctor Manuel Carrillo Carrillo.

¹⁰ Tribunal Administrativo de Boyacá, Radicación No. 15238333300|20170013501, M.P: José Ascención Fernández Osorio, Demandante: Carlos Omar González.

¹¹ Tribunal Administrativo de Boyacá, Radicación No. 15759333300220180027501, M.P: Clara Elisa Cifuentes Ortiz, Demandante: Emperatriz Figueroa de Gutiérrez.

¹² Tribunal Administrativo de Boyacá, Radicación No. 15001333300620180011101, M.P: José Ascención Fernández Osorio, Demandante: Donaldo Vallejo Moreno.

¹³ Tribunal Administrativo de Boyacá, Radicación No. 15759333300120170023201, M.P: José Ascención Fernández Osorio, Demandante: Laureano López Fonseca.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda - subsección "a". Sent. enero 19/ 06, Consejero ponente: ALBERTO ARANGO MANTILLA, Radicación número: 68001-23-15-000-1999-02792-01(2730-05, Actor: LISÍMACO GALINDO. En igual forma se pueden tener en cuenta las sentencias de enero 29/07, MP. Jaime Moreno García, Rad. 2005-003093-01 (175-07), actor Pedro Fernando Rodríguez Ibáñez y abril 27/06, MP. Ana Margarita Olaya Forero, Rad. 2003-001187-01 (6055-5), actor Bertha María Carreño de Berdugo.

Así las cosas, esa disposición consagra expresamente el principio de oscilación que gobierna el ajuste o incremento de las pensiones y asignaciones de retiro del personal al servicio de las fuerzas militares, cuyos efectos son retroactivos en la medida que su redacción permite que el personal que devengue una de dichas prestaciones, obtenga la actualización de acuerdo con las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con los factores que forman la base de liquidación de las prestaciones.

Por otra parte, tanto las asignaciones de retiro como las pensiones de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se liquidan teniendo en cuenta las variaciones que, en todo tiempo, se apliquen a las asignaciones de actividad para cada grado y conforme a los factores que forman parte de la base de liquidación de las prestaciones sociales a éstos reconocidas. Por lo cual, el principio de oscilación no afecta los factores de liquidación de las prestaciones sociales, sino que tiene como fin que la asignación básica del personal activo sirva de base para el reajuste de las asignaciones de retiro.

Sobre el particular, el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia de 14 de abril de 2021¹⁵ enunció que del estudio del Decreto 2863 de 2007, que contempló el incremento en el porcentaje de la prima de actividad, se encontraba que no se violaba el principio de irretroactividad de las normas, como quiera que en su artículo 2 estableció que el aumento se aplicaría a partir del 1 de julio de 2007, por ende, no disponía el reconocimiento de sumas anteriores a la fecha de expedición de la ley.

Adicionalmente, enunció que lo que hizo el legislador fue preservar el principio de oscilación, por ello tanto como incrementó la prima de actividad en un 16.5% para el personal en actividad, lo hizo de igual forma, para el personal retirado, sin perder de vista que la partida prima de actividad hubiera sido incluida en la prestación reconocida conforme a las normas vigentes al momento del retiro.

3.- CASO CONCRETO

De acuerdo con los fundamentos normativos y jurisprudenciales desarrollados en precedencia, corresponde al Despacho determinar si en el presente caso el señor CARLOS ALBERTO ÁLZATE GONZÁLEZ tiene derecho al reconocimiento y pago del reajuste de su asignación de retiro del 30% al 36.5% conforme a lo establecido en el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007 y atendiendo al principio de oscilación establecido en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, o si, por el contrario, la liquidación efectuada por la entidad demandada con el 30% se ajusta a derecho.

Ahora bien, de acuerdo a los medios de prueba obrantes en el plenario, se encuentra acreditado lo siguiente:

¹⁵ Tribunal Administrativo de Boyacá, 14 de abril de 2021, Radicación No. 15238-33-33-003-2018-00037-01, M.P: Luis Ernesto Arciniegas Triana, Demandante: Napoleón Chusciano Chivata.

- Que mediante Resolución No. 1165 de 24 de mayo de 1991, se reconoció al demandante Sargento Viceprimero (r) CARLOS ALBERTO ÁLZATE GONZÁLEZ asignación de retiro, efectiva a partir del 16 de marzo de 1991, la cual incluyó como partida computable la prima de actividad en un 20% como quiera que a la fecha de retiro contaba con diecinueve (19) años, ocho (8) meses y doce (12) días de servicio. (Exp Digital Archivo No. 04, página 7-9)

- Que el demandante durante su permanencia en servicio activo percibió prima de actividad, la cual fue computada en la asignación de retiro inicialmente en un 20% de su sueldo básico, como se comprueba con la Certificación expedida por la Coordinadora del Grupo Centro Integral del Servicio al Usuario de CREMIL (Exp Digital Archivo No. 26).

- Posteriormente, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES en forma oficiosa reajustó el porcentaje de la prima de actividad en la asignación de retiro reconocida al demandante, de conformidad con el Decreto 2863 de 2007 liquidándolo en un 30% como resultado de incrementar en un 50% el 20% de la prima de actividad que le había sido reconocida, es decir, sumándole un 10% al porcentaje ya reconocido, con aplicación en el mes de agosto de 2007 y retroactividad al 1º de julio de 2007, tal como se advierte de la Certificación No. 690 expedida por la Coordinadora del Grupo Centro Integral del Servicio al Usuario de CREMIL (Exp Digital Archivo No. 04, página 5).

- De conformidad a lo expuesto en el certificado de nómina de la asignación de retiro del señor CARLOS ALBERTO ÁLZATE GONZÁLEZ expedido por el Grupo Servicio Integral Atención al Usuario de CREMIL, se advierte que el demandante viene devengando la prima de antigüedad equivalente al 30%, reconocimiento que se viene efectuado desde el 1 de julio de 2007, siendo cancelada en forma continua a partir de esa fecha y durante los años 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019 (Exp Digital Archivo No. 26).

- El demandante elevó derecho petición ante la Dirección de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, el día 1º de febrero de 2018, solicitando que la asignación de retiro fuera reajustada con el incremento de la prima de actividad a partir del 1º de julio de 2007 (Exp Digital Archivo No. 04, página 1-2).

- La anterior solicitud fue denegada mediante el acto demandado - Oficio No. 2018-16659 de fecha 16 de febrero de 2018, proferido por la Coordinadora del Grupo Centro Integral de Servicios al Usuario, argumentando que el porcentaje de la prima de actividad se liquida y cancela de conformidad a lo establecido en el Decreto 2863 de 2007 (Exp Digital Archivo No. 04, página 3-4).

Ahora bien, se tiene que con la expedición del Decreto 2863 de 2007, la entidad demandada reajustó el porcentaje de la prima de actividad, liquidándola a partir de su

entrada en vigencia, esto es el 1 de julio de 2007, en un **30%**, en cumplimiento de lo dispuesto en su artículo 2, que ordena incrementar en un cincuenta (50%) el porcentaje de la prima de actividad de que trata el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990.

Reitera el Despacho que conforme a la postura vigente del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Boyacá, el ajuste del 50% en aplicación del Decreto 2863 de 2007 debe tomar en cuenta el **valor percibido por concepto de prima de actividad al momento del retiro**, que para el caso del señor CARLOS ALBERTO ÁLZATE GONZÁLEZ es del 20% incrementado en el 10% para un total de 30%, tal como viene siendo reconocido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, de tal manera que no resulta procedente el incremento de tal partida al 36.5% como se pretende en la demanda, por lo que los cargos de nulidad de violación de normas constitucionales y legales, así como la falsa motivación endilgada al acto acusado no se encuentra acreditada.

En consecuencia, y como quiera que el acto administrativo acusado proferido por la entidad demandada se encuentra ajustado a derecho, al acreditarse que el valor percibido por concepto de prima de actividad en la asignación de retiro del accionante fue reajustada conforme al Decreto 1211 de 1990 y 2863 de 2007, es del caso denegar las pretensiones de la demanda.

4. DE LAS COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

El artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, dispuso:

“ARTÍCULO 188. CONDENAS EN COSTAS. 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.

En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”.

Como quiera que en el presente caso no se avizora la manifiesta carencia de fundamento legal de la demanda, el Despacho se abstendrá de condenar en costas y agencias en derecho en esta instancia en contra de la parte demandante por ser la vencida.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda instaurada por CARLOS ALBERTO ÁLZATE GONZÁLEZ en contra de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, de conformidad con las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. **REALIZAR** las anotaciones de rigor en el Sistema Siglo XXI y verificado su cumplimiento (art. 298 C.P.A.C.A.). **ARCHIVAR** el expediente dejando las constancias respectivas.

CUARTO: NOTIFICAR por Secretaría del contenido de la presente providencia en la forma y términos previstos en el artículo 203 del C.P.A.C.A. a las partes y al Ministerio Público.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**JORGE ELIÉCER CÁCERES SEPÚLVEDA
JUEZ**

LV

Firmado Por:

**JORGE ELIECER CACERES SEPULVEDA
JUEZ**

JUZGADO 007 ADMINISTRATIVO ORAL DE LA CIUDAD DE TUNJA-BOYACA

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:

b159c77fd4d356ad6042a498f8fd5ef059b46582165dafa89062fd0cc92d396f

Documento generado en 22/07/2021 11:47:19 a. m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**