

Cartagena de Indias D.T y C., treinta (30) de marzo de dos mil veintidós (2022).

## **I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO.**

|                           |  |
|---------------------------|--|
| <b>Medio de control</b>   | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO           |
| <b>Radicado</b>           | 13001333300320170018201                          |
| <b>Demandante</b>         | EMILIO ANTONIO GALVIS DUQUE                      |
| <b>Demandado</b>          | CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL |
| <b>Magistrado Ponente</b> | MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ                   |
| <b>Actuación</b>          | SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA                   |
| <b>Tema</b>               | PRIMA DE ACTIVIDAD                               |

## **II.- PRONUNCIAMIENTO.**

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha veintiuno (21) de septiembre del dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó a las pretensiones de la demanda.

## **III.- ANTECEDENTES.**

### **3.1. La demanda.**

#### **3.1.1. Pretensiones<sup>1</sup>.**

Pretende el actor en síntesis, que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el certificado CREMIL No. 68153 de fecha 27 de octubre del 2016, por medio del cual se negó el derecho al incremento de la prima de actividad y la consecuente reliquidación de la asignación de retiro.

A título de restablecimiento del derecho se deprecia por el reajuste de la asignación de retiro, incrementando el porcentaje de la prima de actividad sobre la asignación básica en un 49.5%, de conformidad con el artículo 4 del Decreto 2863 del 2007.

<sup>1</sup> Folios 1-3 del pdf No. 01

### **3.1.2. Hechos<sup>2</sup>.**

Fueron narrados en síntesis los siguientes:

- El actor goza de asignación de retiro con cargo a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, de conformidad con la Resolución No. 1985 del 24 de noviembre de 1992.
- La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, no aplicó en la liquidación de la prestación debidamente la modificación establecida para la PRIMA DE ACTIVIDAD en los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007.
- Lo anterior porque es un hecho cierto que el Decreto 2863 incrementa en un 50% el porcentaje de la prima de actividad de que trata el artículo 84 del Decreto ley 1211 de 1990, que ordena que a los militares en servicio activo se les cancele una prima mensual de actividad equivalente al 33% del respectivo sueldo básico. En tal virtud, a los que estaban y están en servicio activo se les cancela el 49.5% de prima de actividad, pues la mitad de 33 es 16,5

### **3.1.3. Normas violadas y concepto de la violación<sup>3</sup>.**

Se acusa el acto de ser violatorio del artículo 2º de la Constitución Política, porque no se le protegió el derecho a recibir un aumento de la prima de actividad de acuerdo con lo estipulado en el Decreto 2863 de 2007.

Estima que el acto se expidió irregularmente por aplicar indebidamente el Decreto 2863 de 2007, ya que estaba obligada la demandada a establecer un aumento de 16,5% y solamente concedió el 10%

Reprocha que se haya establecido un aumento que no correspondía al propio del decreto sobre el que se fundamenta la reclamación.

### **3.2. La contestación<sup>4</sup>.**

La accionada contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones.

---

<sup>2</sup> Folios 2-4 del pdf No. 01

<sup>3</sup> Folios 4-7 del pdf No. 01

<sup>4</sup> Folios 48-66 del pdf No. 01

Argumentó que con la Resolución No. 1985 del 24 de noviembre de 1992, se reconoció la asignación de retiro al demandante, encontrándose en vigencia el Decreto Ley 1211 de 1990.

Que conforme a la normativa citada y considerando su tiempo de servicios (29 años, 7 mese, 8 días), se le reconoció el 30% como partida computable por concepto de prima de actividad dentro de su asignación de retiro, hasta la expedición del Decreto 2863 de 2007, con el cual se le incrementó dicho porcentaje pasando del 30% al 45%, a razón de un incremento del 15% que equivale al 50%, de lo que venía recibiendo.

### **3.3. Sentencia de primera instancia<sup>5</sup>.**

La sentencia apelada denegó las súplicas de la demanda, erigiendo la siguiente tesis:

*“La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL -, al expedir el acto administrativo contenido en escrito CREMIL No. 68153 del 27 de octubre del 2016, negando el incremento solicitado por el demandante Emilio Antonio Galvis Duque, no infringió las normas en que debería fundarse, por cuanto no se tiene derecho a que la prima de actividad liquidada como factor de su asignación de retiro sea incrementada al 49.5%, como se pide con fundamento en los dispuesto en los artículos 2 y 4 del Decreto 2863 de 2007, por lo tanto no debe anularse.”*

Al respecto consideró que, el incremento de la prima de actividad, como lo pide el demandante en un 49.5% a partir del 1 de julio del 2007, es improcedente, toda vez que el Decreto 2863 del 2007, lo que indica es que el incremento es de un 50% de lo que venía recibiendo como prima de actividad, que para el presente caso corresponde a un 15%, puesto que al demandante se le estaba computando la prima de actividad en un 30%, considerando que a la fecha de retiro el causante contaba con más de 25 años de servicio y menos de 30, tal y como se hace constar en la resolución de reconocimiento de la asignación.

Concluyó que el actor tiene derecho a que se le reajuste la prima de actividad solo hasta un 45%, que es lo que actualmente viene recibiendo por dicho concepto, luego es acertada la decisión del ente demandado de no aumentar el porcentaje de prima de actividad.

---

<sup>5</sup> Folios 272-280 del pdf No. 01

### **3.4. Recurso de apelación<sup>6</sup>.**

El actor acusa la sentencia de error de interpretación e indebida aplicación por cuanto se desatiende el alcance del artículo 4 del decreto 2863 de 2007, en función de principio de oscilación.

Insiste en que la aplicación del 50% ordenado para los activos, esto es, el 16.5% es el porcentaje que debe aplicar en el caso concreto.

Se arguye en esencia que el incremento ordenado es el 50% del 33% que devenga el activo correspondiente, según lo establecido en el Decreto 2863 de 2007, luego el resultado sería el 16.5%, que sumado al 30% reconocido arroja una diferencia del 1,5%.

### **3.5. Actuación procesal en segunda instancia.**

El recurso de apelación fue repartido el 25 de febrero del 2019, correspondiéndole a este despacho, a quien la Secretaria del Tribunal el pasó el expediente el día 14 de marzo del 2019<sup>7</sup>.

Mediante auto del 19 de marzo del 2019<sup>8</sup>, se admitió para su trámite el recurso de apelación interpuesto y a través de providencia del 05 de abril del 2019<sup>9</sup>, se corrió traslado a las partes y el Ministerio Público para alegar.

### **3.6. Alegatos de conclusión.**

#### **3.6.1. Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL.<sup>10</sup>**

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

#### **3.6.2. Parte demandante.<sup>11</sup>**

Reprodujo lo argüido en la alzada.

### **3.7. Concepto del Ministerio Público.**

---

<sup>6</sup> Folios 285-287 del pdf No. 01

<sup>7</sup> Folio 2 del pdf No. 02

<sup>8</sup> Folio 3 del pdf No. 02

<sup>9</sup> Folio 10 del pdf No. 02

<sup>10</sup> Folios 15-21 del pdf No. 02

<sup>11</sup> Folios 22-24 del pdf No. 02

En esta oportunidad, el Representante del Ministerio Público no emitió concepto.

#### **IV.- CONTROL DE LEGALIDAD.**

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

#### **V.- CONSIDERACIONES.**

##### **5.1. Competencia.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia sobre las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos de este circuito judicial.

##### **5.2. Problema jurídico.**

Se contraerá a determinar si debe revocarse el fallo de primera instancia, en razón a la indebida interpretación a él achacada de cara a la normatividad que regula la prima de actividad como factor computable de la asignación de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares.

##### **5.3. Tesis.**

Se CONFIRMARÁ el fallo apelado dado que no interpreta de manera errónea las normas que comportan la prestación deprimada (prima de actividad) y por contera, atinó en concluir que no se desquicia la presunción de legalidad del acto administrativo cuestionado.

##### **5.4. Marco normativo y jurisprudencial.**

###### **5.4.1. Desarrollo normativo atinente a la prima de actividad en la liquidación de la asignación de retiro del personal adscrito a las Fuerzas Militares.**

Mediante los artículos 59 y 116 del Decreto 2337 de 1971<sup>12</sup> se reglamentó la prima de actividad para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares

<sup>12</sup> "Por el cual se reorganiza la Carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares."



en servicio activo, en los siguientes términos:

“(…)

**Artículo 59. Prima de actividad.** Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo tendrán derecho a una Prima de Actividad que será del treinta por ciento (30%) del sueldo básico y se aumentará en un uno y medio por ciento (1½%) por cada año de servicio cumplido el grado respectivo, sin que exceda del treinta y seis por ciento (36%).

Parágrafo. Cuando el Oficial o Suboficial sea ascendido al grado inmediatamente superior, iniciará nuevamente la Prima de Actividad con el treinta por ciento (30%) del sueldo básico, reajustándose anualmente en la forma prevista en este artículo”.

(…)

**Artículo 116.** A partir de la vigencia del presente Decreto, al personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que se retire o sea retirado bajo la vigencia del mismo, se le liquidarán las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas así:

a). Cesantía y demás prestaciones unitarias: Sueldo básico, prima de antigüedad, subsidio familiar, una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente a su grado, doceava 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 y prima de Estado Mayor en las condiciones indicadas en este Estatuto;

b). Asignaciones de Retiro y Pensiones sobre: sueldo básico, prima de antigüedad, un subsidio familiar para el personal de Oficiales y Suboficiales casados o viudos con hijos legítimos, del treinta por ciento (30%) de su sueldo básico por su estado de casado o viudo con hijo legítimos un cinco por ciento (5%) por el primer hijo y un cuatro por ciento (4%) por cada uno de los demás, sin que el total sobrepase del cuarenta y siete por ciento (47%) del sueldo básico, una prima de actividad de quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente a su grado, doceava 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 y prima de Estado Mayor en las condiciones en este Decreto. (Subrayado fuera de texto).

(…)”

Posteriormente, el Decreto 612 de 1977, en los artículos 65 y 131, por el “cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares”, sostuvo:

**“Artículo 65.** 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.

**Artículo 131.** Bases de liquidación. Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas, así:

a) Cesantía y demás prestaciones unitarias sobre sueldo básico; prima de antigüedad; subsidio familiar; una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente al grado; doceava 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 y prima de Estado Mayor, en las condiciones indicadas en este estatuto:

b) Asignaciones de retiro y pensiones sobre; sueldo básico; prima de antigüedad; subsidio familiar de los Oficiales y Suboficiales casados o viudos con hijos legítimos liquidados conforme a lo dispuesto en el artículo 66 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico; una prima de actividad del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente al grado; doceava 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 y prima de Estado Mayor, en las condiciones indicadas en este estatuto."

Con la expedición de la Ley 19 de 1983, el Congreso de la República "reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para reorganizar el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y las entidades descentralizadas del sector, y para modificar las normas que regulan las carreras del personal al servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional".

Con fundamento en lo anterior, se expidió el Decreto 089 del 18 de enero de 1984, por el cual se "reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares" y en el artículo 80<sup>13</sup> estableció la prima de actividad para el personal en servicio activo equivalente al 33% del respectivo sueldo básico. De la misma forma, en el artículo 152 *ibídem*, dispuso el cómputo de la prima de actividad para efectos de la asignación de retiro y demás prestaciones sociales, en los siguientes términos:

**"Artículo 152.** Cómputo Prima de actividad. A partir de la vigencia del presente decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales la prima de actividad de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares se computará de la siguiente forma:

Para individuos con menos de quince (15) años de servicio, el quince por

<sup>13</sup> "Artículo 80. 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.



*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 y tres por ciento años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%)."*

Posteriormente, el Presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 5ª de 1988, expidió el Decreto 95 del 11 de enero de 1989, mediante el cual "se reforma el Estatuto de Carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares", y en el artículo 82 reguló lo relativo a la prima mensual de actividad equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico devengado en servicio activo.

De la misma forma, en el artículo 154 *ibídem*, la incluyó dentro de la asignación de retiro y demás prestaciones sociales, en los siguientes términos:

**"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%)."*

Luego, el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 66 de 1989, profiere el **Decreto 1211 de 1990**, por el cual "se reforma el estatuto del personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas

*Militares*”, dejando en los mismos términos las disposiciones relativas a la prima de actividad.<sup>14</sup>

Sin embargo, el artículo 160<sup>15</sup> *ibídem*, hizo especial referencia al reconocimiento de la prima de actividad a los oficiales y suboficiales o a sus beneficiarios, en goce de asignación de retiro o pensión, antes del 18 de enero de 1984, en los siguientes términos:

*“ARTICULO 160. RECONOCIMIENTO PRIMA DE ACTIVIDAD. A los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y sus beneficiarios, en goce de asignación de retiro o pensión, cuyo retiro o separación haya ocurrido antes del 18 de enero de 1984 se les computará la prima de actividad de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior, en la forma que a continuación se expresa:*

- En la vigencia fiscal de 1990 hasta el dieciocho punto cinco por ciento (18.5%).*
- En la vigencia fiscal de 1991 hasta el veintidós punto cinco por ciento (22.5%).*
- En la vigencia fiscal de 1992 hasta el treinta y tres por ciento (33%).*

*PARAGRAFO. Queda entendido que no habrá lugar a los reajustes establecidos en este artículo entre el 18 de enero de 1984 y las iniciaciones de las vigencias fiscales indicadas en esta norma. Tampoco habrá reajuste de las prestaciones unitarias.”*

Mediante la expedición de la Ley 797 de 2003<sup>16</sup>, en el numeral 3º del artículo 17, se facultó al Presidente para expedir los estatutos especiales de la Fuerza Pública, con fundamento en ello, se expidió el Decreto Ley 2070 del 25 de julio de 2003<sup>17</sup> (Diario Oficial No. 45.262 de 28 de julio de 2003), norma que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, en sentencia C - 432 del 6 de mayo del 2004 con ponencia del doctor Rodrigo Escobar Gil, por haberse desconocido lo previsto en el artículo 150, numerales 10 y 19, literal e), de la

<sup>14</sup> 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 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%).

<sup>15</sup> Artículo declarado executable por la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia No. 134 de 31 de octubre de 1991, Magistrado Ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez.

<sup>16</sup> “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.”

<sup>17</sup> “Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares”



Constitución Política, concretamente, porque "(...) debe regularse por el Congreso de la República mediante normas que tengan un carácter general, conocidas en nuestro sistema como leyes marco y no, por intermedio de una habilitación legal, valiéndose para el efecto de facultades extraordinarias. (...)".

Fue así como el Presidente de la República, en desarrollo de lo dispuesto por la Ley 923 de 2004<sup>18</sup>, profirió el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, "Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública", en cuyos artículos 13 y 45 dispuso:

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

13.1 Oficiales y Suboficiales:

13.1.1 Sueldo básico.

13.1.2 Prima de actividad.

13.1.3 Prima de antigüedad.

13.1.4 Prima de estado mayor.

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

13.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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

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

(...)

**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."

**"Artículo 45. Vigencia y derogatorias.** El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga las demás disposiciones que le sean contrarias y, en especial, los artículos 193 del Decreto-ley 1211 de 1990, 167 del Decreto-ley 1212 de 1990, 125 del Decreto 1213 de 1990, Ley 103 de 1912, y los artículos 39 y 40 del Decreto-ley 1793 de 2000."

<sup>18</sup> "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."



Por su parte el artículo 14<sup>19</sup> *ibídem*, consagró la forma en que debe liquidarse la asignación mensual de retiro del personal de la fuerza pública, en consideración al tiempo de servicio.

Luego se expidió el Decreto 2863 de 2007, “por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones” que en su artículo 2, ordenó el incremento a la prima de actividad consagrada en el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990, en cuantía equivalente al 50%, a partir del 1 de julio de 2007, así:

“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%).”

---

<sup>19</sup> **Artículo 14.** Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados con dieciocho (18) o más años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, así:

14.1 Sesenta y dos por ciento (62%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los dieciocho (18) primeros años de servicio.

14.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los dieciocho (18) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

14.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

**Parágrafo 1º.** Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieran quince (15) o más años de servicio que sean retirados del servicio activo por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, así: El cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 13 del presente Decreto, por los quince (15) primeros años de servicio, y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).

A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el inciso anterior se incrementará en un dos por ciento (2%) por cada año adicional a los primeros veinticuatro (24) años, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.

**Parágrafo 2º.** Los Oficiales y Suboficiales retirados antes del 17 de diciembre de 1968, con treinta (30) años o más de servicio, continuarán percibiendo la asignación de retiro reajustada al noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas que se incluyeron en cada caso para la respectiva asignación.

Y el artículo 4 *ibídem*, estableció:

*“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. (...)*”

Es así como la prima de actividad, desde el momento mismo de su creación, fue concebida como una prestación en favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares, para posteriormente convertirse en un factor de liquidación de las asignaciones de retiro, en consideración a los años que el interesado estuvo en servicio activo, y de acuerdo al porcentaje establecido en la ley.

De lo anterior fuerza colegir que, el **Decreto 2863 de 2007**, incrementó el porcentaje de la prima de actividad equivalente al 50% para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo; así como también para las asignaciones de retiro o pensiones de invalidez obtenidas antes del 1 de julio de 2007, quienes tendrán el derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado a los del servicio activo, en razón al incremento establecido en el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007.

## **5.5. Caso concreto.**

### **5.5.1. Hechos relevantes probados.**

**a)** Resolución No. 1985 del 24 de noviembre de 1992, expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas militares, por medio de la cual se le reconoció la asignación de retiro al demandante.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Folios 11-13 del pdf No. 01

**b)** Solicitud de reajuste de asignación de retiro con incremento de la prima de actividad, presentado por el actor a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares el 10 de agosto del 2016.<sup>21</sup>

**c)** Oficio CREMIL 68153 del 27 de octubre del 2016 (acto demandado), por medio del cual se le negó al actor el incremento de la prima de actividad y el consecuente reajuste de la asignación de retiro.<sup>22</sup>

**d)** Comprobante de pago de asignación de retiro con rastro de lo pagado por prima de actividad en un 45%, de fecha 23 de junio del 2016.<sup>23</sup>

### **5.5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.**

En el sub examine, se observa que la entidad demandada, en cumplimiento a lo dispuesto en el **Decreto 2863 de 2007**, reliquidó el porcentaje de la prima de actividad del actor, elevándola del 30% con el que venía antes de la vigencia de dicha norma, al 45%, conforme lo informa a título de confesión el actor en su demanda y se desprende además del certificado CREMIL 68153 del 27 de octubre del 2016 (acto cuestionado)<sup>24</sup>.

En este sentido, la Sala advierte que la demandada efectuó el reajuste en la proporción indicada en los artículos 2 y 4 del **Decreto 2863 de 2007**, pues se constató que antes del mes de julio de 2007, la parte actora percibía por concepto de prima de actividad el equivalente al 30%, y a partir de la entrada en vigencia del Decreto 2863 de julio de 2007, comenzó a devengar un porcentaje correspondiente al 45% de la prestación mencionada, tal y como la misma demanda lo indica, de tal forma que la entidad demandada no le adeuda suma alguna por este concepto.

Para la Sala, **cuando el artículo 4º 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 2º 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**, como errónea y equivocadamente lo interpreta el censor.

Aclarase que para el cómputo del aumento mencionado, la entidad

<sup>21</sup> Folios 14-16 del pdf No. 01

<sup>22</sup> Folios 17-18 del pdf No. 01

<sup>23</sup> Folio 19 del pdf No. 01

<sup>24</sup> Folios 17-18 del pdf No. 01

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.

Quiere decir lo anterior, que ese 50% debe aplicarse al 30% que fue reconocido primigeniamente en la asignación de retiro, luego indefectiblemente el guarismo a adicionar es del 15%, que sumado al 30% aludido, arroja como resultado un 45%. **Esta interpretación es consecuente con la que el Consejo de Estado de manera pacífica y reiterada viene ofreciendo sobre el particular<sup>25</sup>**.

Así las cosas, la sentencia no adolece de error de interpretación de las normas aplicables al asunto particular y por ello debe confirmarse.

Finalmente se precisa que los varios fallos de tribunales administrativos del país (Cundinamarca, Bogotá y Boyacá), referidos en el escrito de impugnación sobre el tema acá analizado, no constituyen precedente vinculante para la Sala, habida cuenta que, la correcta aplicación del sistema de fuentes del derecho previsto en el artículo 230 Superior, supone que se entienda como precedente solo aquella función o competencia que cumplen las altas cortes como generadoras de reglas y sub reglas que hacen parte del ordenamiento jurídico, ejercida a partir de su función interpretativa y unificadora, es decir, el precedente es una decisión judicial que tiene el reconocimiento de una autentica fuente de derecho, proveniente únicamente de nuestros organismos de cierre jurisdiccional.

## **5.6. Condena en Costas.**

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos previstos en el artículo 365 de la ley 1564 del 2012 (CGP).

---

<sup>25</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Sentencia de catorce (14) de junio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-25-000-2012-01 653-01 (1762-17)

Así las cosas, se condenará a la parte **demandante** al pago de las costas que efectivamente se hayan causado, por ser esta a quien se le resolvió desfavorablemente el recurso, y haberse confirmando en su totalidad la sentencia apelada, ordenando al juzgado su liquidación conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en la misma las agencias en derecho, en aplicación de los acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura que sean aplicables.

#### **VI.- DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **VII.- FALLA**

**PRIMERO: CONFÍRMASE** la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDÉNASE** en costas en segunda instancia a la parte demandante; líquidense por el *a quo*, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

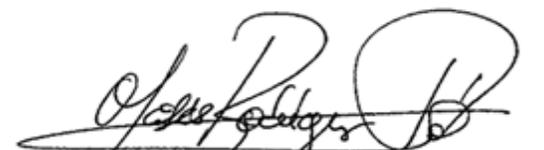
**TERCERO:** Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

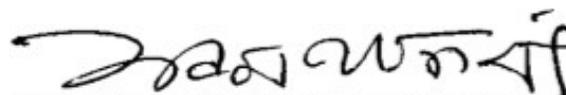
#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: El anterior proyecto fue considerado y aprobado en sesión de la fecha.*

**LOS MAGISTRADOS,**

  
**MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ**

  
**MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ**

  
**EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS**