Cartagena de Indias D.T y C., primero (01) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-006-2017-00015-01
Demandante	RAFAEL JUSTINIANO PAYARES
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Actuación	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
Tema	PRIMA DE ACTIVIDAD

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 3 de noviembre del 2017, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones.

Pretende el actor en síntesis, que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el CERTIFICADO CREMIL No. 60036 de fecha 22 de julio de 2015, por medio de la cual se niega el incremento de la prima de actividad y la consecuente reliquidación de la asignación de retiro.

A título de restablecimiento del derecho se depreca por el reajuste de la asignación de retiro incrementando el porcentaje de la prima de activad al 49,5% (sic) de acuerdo a lo establecido en el decreto 2863 de 2007.

1.2. Hechos.

Fueron narrados en síntesis los siguientes:

- Narra la demanda que el actor goza de asignación de retiro con cargo a CREMIL desde el 18 de diciembre de 1967, con un tiempo de servicio de 20 años, 1 mes y 25 días.

Que en razón a ello al momento del retiro se la aplicó en la liquidación de la prestación las normas que estaban vigentes para esa fecha, así mismo el artículo 4 del decreto 2863 de 2007.

- Sostiene que hasta antes del 01 de julio de 2007, el actor percibía la prima de actividad en un 25.5% (sic) y cuando CREMIL aplica el artículo 2 del decreto 2863 de 2007, queda el porcentaje de dicha partida computable, en un 37.5%

Que lo que se reclama es el pago del 49.5% (sic).

1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

Se acusa el acto cuestionado de ser violatorio de las siguientes normas:

- Constitución Política: artículos 2, 13, 25, 48, 23, 53 y 58.

- Ley 4 de 1992

- Decreto 2863 de 2007.

- Decreto 673 de 2008: artículo 31.

- Decreto 737 de 2009: artículo 30.

- Decreto 1530 de 2010: artículo 30.

- Decreto 1050 de 2011: artículo 30.

- Decreto 842 de 2012: artículo 30.

- Decreto 187 de 2014: artículo 30.

- Decreto 1028 de 2015: artículo 30.

Decreto 214 de 2016.

Expuso que la entidad demandada debe reajustar la partida de la prima de actividad que le viene reconociendo al actor en el porcentaje del 41.5% (sic) a partir del 1 de julio de 2007, pero con efectos fiscales a partir del 12 de agosto de 2009, por haber operado el fenómeno de la prescripción.

2. La contestación

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

Argumentó que al actor le fue reconocida asignación de retiro con resolución No. 2087 del 18 de abril de 1968, encontrándose bajo la vigencia de los decretos 1045 de 1942, 100 de 1946, 82 de 1947, 501 de 1955.

Que al demandante se le venía liquidando dentro de su asignación de retiro el 25% por concepto de prima de actividad a partir del 16 de diciembre de 1967 y hasta la expedición del decreto 2863 de 2007, con el cual dicho porcentaje fue incrementado al 37.5%, porcentaje reconocido al militar de acuerdo al tiempo de servicios acreditado.

Aclaró que el porcentaje reconocido al actor fue el máximo permitido por el legislador para la época.

Que el decreto 2863 de 2007 dispuso un incremento en el porcentaje de la asignación de la prima de actividad, sin efectuar modificación alguna en el porcentaje que dispone el monto base para la liquidación sobre la cual ha de efectuarse el incremento.

En ese orden – dijo – si se coteja lo dispuesto en el decreto 2863 de 2007 y el incremento aplicado a la asignación de retiro que disfruta el actor, se encuentra correspondencia entre lo dispuesto por la norma y la decisión de la Caja de Retiro pues a la entidad le correspondía realizar un incremento del 12.5% al porcentaje base para su liquidación por concepto de prima de actividad, pasando del 25% al 37.5% con el fin de garantizar el poder adquisitivo de la asignación de retiro del actor.

3. Sentencia de primera instancia.

La sentencia apelada negó las suplicas de la demanda basada en que el actor hasta el 30 de junio de 2007 tenía reconocida la prima de actividad en un porcentaje equivalente al 25% y a partir del 1 de julio de 2007 fue incrementada al 37.5%, es decir, en los términos establecidos en el referido decreto 2863 de 2007, la prima de actividad ya reconocida fue incrementada en un 50%, esto es, el 12.5% que sumado al 25% completa un 37.5%, tal y como viene recibiendo el actor de cuerdo a los certificados adjuntos.

4. Recurso de apelación.

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

Se arguye en esencia que el incremento ordenado es el 50% del 33% establecido en el decreto 2863 de 2007, luego el resultado sería el 16.5% y no del 12.5%.

5. Concepto del ministerio público

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

II.- CONSIDERACIONES

2.1. 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.

2.2. Marco jurídico del recurso de apelación.

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se

cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

> ***"Art. 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.*

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que "las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem: "tantum devolutum quuantum appellatum"*.

2.3. Problema jurídico

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

2.4. Tesis

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

2.5. Argumentación normativa y jurisprudencial.

2.5.1. 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[1] se reglamentó la prima de actividad para los 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%) porcada 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*

[1] *"Por el cual se reorganiza la Carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares."*

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[2] 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:

[2] **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.

> ***"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 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.[3]

Sin embargo, el artículo 160[4] *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[5], en el numeral 3° 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[6]

---

[3] 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%).

[4] Artículo declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia No. 134 de 31 de octubre de 1991, Magistrado Ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez.

[5] *"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."*

[6] *"Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares"*

(Diario Oficial No. 45.262 de 28 de julio de 2003), norma que fue declarada inexequible 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 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[7], 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,*

[7] *"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."*

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."

Por su parte el artículo 14[8] *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 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

---

[8] ***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 1°. *Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, tuvieren 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 2°. *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.*

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%)."

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.

6. Argumentación fáctica – probatoria

6.1. Caso concreto y conclusión.

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, elevándola del 25% con el que venía antes de la vigencia de dicha norma, al 37.5%, conforme lo informa a título de confesión el actor en su demanda y se desprende además del certificado CREMIL 60036 (acto cuestionado) y aquellos que reposan entre los folios 20 a 31 del cuaderno No. 1.

Así lo advirtió el actor en la demanda (folio 1 reverso – hecho numero cuarto):

> ***"(...) .... . . hasta antes del 01 de julio de 2007, mi representado percibía un porcentaje de Prima de Actividad en un 25.5% (sic) cuando CREMIL aplica el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007, queda el porcentaje de dicha partida computable en un 37.5% ..... "***

En este sentido, la Sala advierte que la demandada efectúo 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 25%, y a partir de la entrada en vigencia de dicho decreto, comenzó a devengar un porcentaje correspondiente al 37.5% de la prestación mencionada, de tal forma que la entidad demandada no le adeuda suma alguna por este concepto.

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, como errónea y equivocadamente lo interpreta el censor.

Aclarase 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.**

Quiere decir lo anterior, que ese 50% debe aplicarse al 25% que fue reconocido primigeniamente, luego indefectiblemente el guarismo a adicionar es del 12.5%, que sumado al 25% aludido, arroja como resultado un 37.5%. **Esta interpretación comulga con la que el Consejo de Estado de manera pacífica**

y reiterada viene ofreciendo sobre el particular[9].

Así las cosas, la sentencia se confirmará dado que no adolece de error de interpretación de las normas aplicables al asunto particular y en atención a que no se acreditaron los cargos de nulidad.

7. 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 de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1° del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte *"a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación"*, y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

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, ordenando al juzgado su liquidación conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en las misma las agencias en derecho, en aplicación del acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

DECISIÓN

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

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, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

---

[9] 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: 25000-23-25-000-2012-01653-01(1762-17)

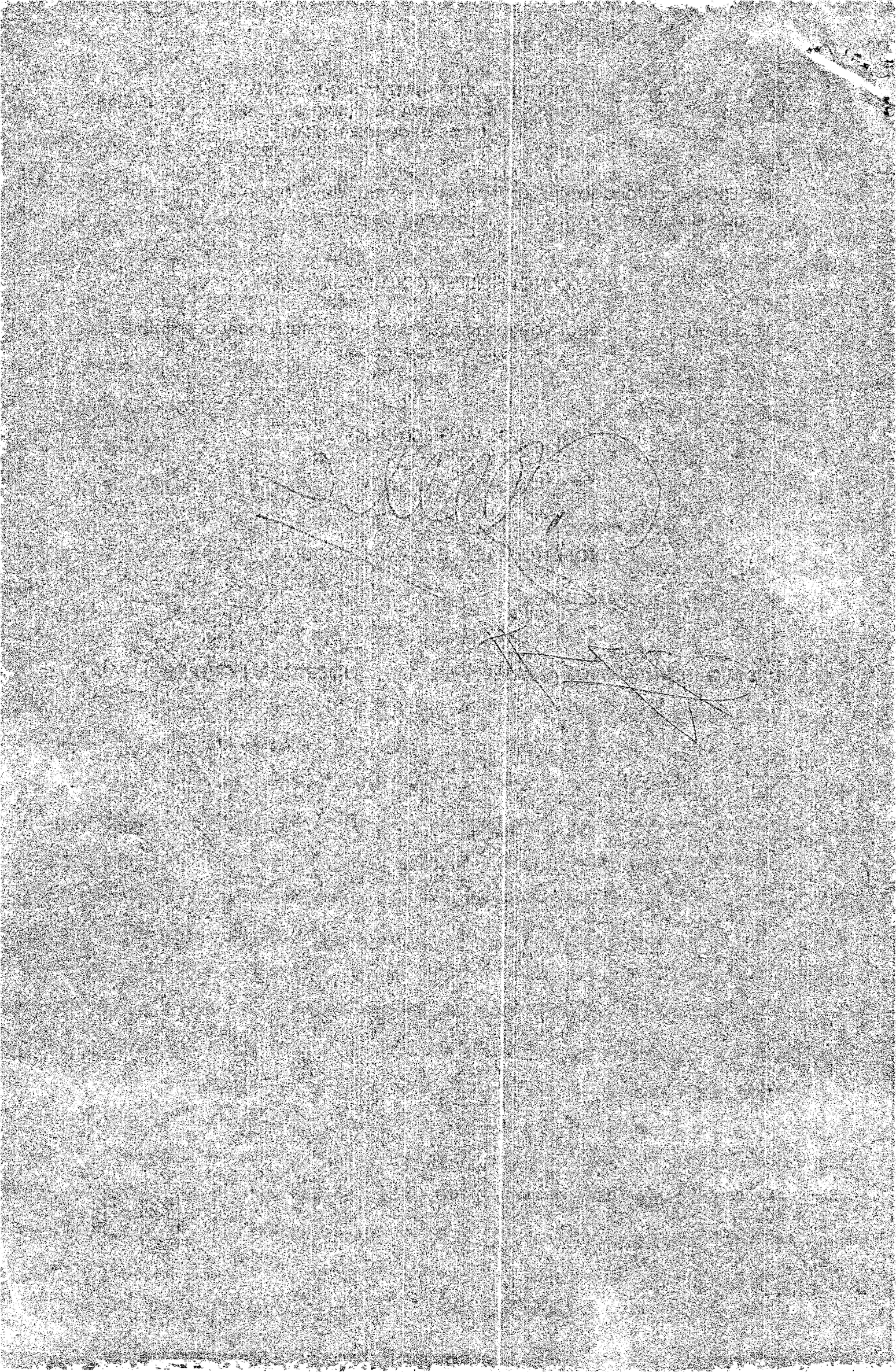
TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL