



13001-33-33-005-2015-00373-01

Cartagena de Indias D. T. y C., veintitrés (23) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

### I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

<b>Medio de control</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>Radicado</b>	13001-33-33-005-2015-00373-01
<b>Demandante</b>	ÁLVARO PÉREZ MUÑOZ
<b>Demandado</b>	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL
<b>Tema</b>	PRIMA DE ACTIVIDAD
<b>Magistrado Ponente</b>	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

### II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia Oral de fecha veintiséis (26) de julio de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

### III.- ANTECEDENTES

#### 1. LA DEMANDA

##### 1.1. PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

*“La acción se dirige a que se declare:*

*1. La Nulidad de la decisión tomada mediante el Oficio No. 211, Certificado Cremil No. 127998 Consecutivo 2014-98511 de fecha 23 de Diciembre de 2014, emanada de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, por medio del cual se niega el derecho al incremento de la Prima de Actividad, la consecuente Reliquidación y el correspondiente Reajuste de la Asignación de Retiro solicitadas por el señor Capitán de Corbeta (r) ÁLVARO PÉREZ MUÑOZ.*

*2. Que como consecuencia de la petición anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene el Reajuste de la Asignación de Retiro del Señor Capitán de Corbeta (r) ÁLVARO PÉREZ MUÑOZ, incrementando el porcentaje de la PRIMA DE ACTIVIDAD al 41,5% sobre su Asignación Básica, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2863 de 2007.*



**13001-33-33-005-2015-00373-01**

3. Que se condene a la CAJA DE RETIRO DE LA FUERZAS MILITARES, a cancelar con retroactividad todos estos valores adeudados en forma indexada, y se ordene a la demandada dar cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo.

4. Que se me reconozca personería jurídica para actuar en nombre y representación de mi poderdante en los términos en que está suscrito el presente poder (...)"

## 1.2. HECHOS

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

- Al actor, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció asignación de retiro en calidad de Capitán de Corbeta.
- Que la entidad accionada no aplicó debidamente la modificación establecida para la prima de actividad en el Decreto 2863 de 2007.
- Que en el acto administrativo acusado la entidad falsea el contenido del Decreto 2863 de 2007.
- Que la entidad accionada, a través del Oficio No. 211, Certificado Cremil No. 127998 Consecutivo 2014-98511 de fecha 23 de diciembre de 2014, negó el derecho al incremento del porcentaje de la prima de actividad, la reliquidación y el correspondiente reajuste de la asignación de retiro solicitada por el accionante con base en el Decreto 2863 del 2007.

## 1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Considera vulneradas las siguientes:

- Constitución Política artículos 2, 6, 83 y 87.
- Decretos 2863 de 2007.

En síntesis señala el demandante que, se desconoce el artículo 2º, 6º, 83 y 87 de la Constitución Política de Colombia, por cuanto no se le protegió al demandante el derecho a recibir un aumento en la prima de actividad de conformidad con lo estipulado en el Decreto 2863 de julio de 2007; por cuanto no estaba obligada a establecer un aumento de 16,5% y solo se concedió el 15%.

Que la Entidad no actuó de buena fe al establecer un aumento que no correspondía al mandato de una norma como lo es el Decreto 2863 de 2007.



**13001-33-33-005-2015-00373-01**

Que el artículo 2º *ibídem*, aumenta en un 50% 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.

Finalmente, trae a colación el artículo 4º del Decreto 2863, que señala que en virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 el Decreto 4433 de 2004, 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. Concluyendo que es fácil probar que la entidad aplicó indebidamente la norma puesto que el aumento que debió establecer para la prima de actividad era del 16,5% y no del 15% como se efectuó.

## **2. LA SENTENCIA APELADA (fs. 73 a 79 y 90)**

Mediante Sentencia Oral de fecha 26 de julio de 2016, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena resolvió negar las pretensiones de la demanda, señalando para el efecto que el demandante prestó sus servicios en la institución por más de veintitrés (23) años, motivo por el cual le fue reconocida asignación de retiro, en la cual se determinó como partida computable para dicha asignación, la prima de actividad del 15% del sueldo básico correspondiente a su grado. Del mismo modo, advierte el juez que le fueron aplicando los aumentos de ley respecto de la prima de actividad hasta llegar al porcentaje establecido por el Decreto 2863 de 2007.

Que la Ley 923 de 2003 y su Decreto Reglamentario 4433 de 2004, establecieron las partidas computables en la asignación de retiro, sin modificar los porcentajes de la prima de actividad para la liquidación de la asignación de retiro, por lo que debe seguirse aplicando los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990, en lo que respecta al demandante.

Continua señalando que, el Decreto 2863 de 2007, sí introdujo modificaciones a la prima de actividad; pero no en la forma como lo sostiene la parte demandante.

Aduce que el equívoco de la parte demandante, radica en la forma como entiende el principio de oscilación, considerando que si se incrementa el porcentaje de la prima de actividad para el personal activo, automáticamente se incrementa el porcentaje que se debe reconocer al retirado en su prima de actividad como factor computable de la asignación





**13001-33-33-005-2015-00373-01**

de retiro, modificando la que se tuvo en cuenta cuando se le reconoció la asignación de retiro, y que la norma aplicable al demandante en cuanto a la asignación de retiro son los Decretos 2337 de 1971 y 1211 de 1990, el cual no fue modificado por el Decreto 2863 de 2007.

Que el Decreto 2863 de 2007, incrementó la prima de actividad de los activos, en iguales términos porcentuales para los retirados antes del 1° de julio de 2007, incrementó la partida tomada para integrar la base liquidatoria de la asignación de retiro, que en el caso del demandante fue del 15% hasta llegar al 25%. Y, el incremento del 50% de ese 25% da como resultado un porcentaje de 37,5% como factor para la base de liquidación de la asignación de retiro.

Advierte que no se puede entender que el incremento del 50% afectara la base de liquidación de la asignación de retiro en sí misma, porque en esa condición la prima de actividad tiene en cuenta una escala porcentual según el tiempo de servicios y a ella debe ajustarse. Lo contrario llevaría a que la prima de actividad se constituyera en un elemento salarial del personal retirado, lo cual es equivocado, puesto que la misma solo corresponde a una partida de la base de liquidación para la prestación que depende de unos porcentajes y según el tiempo de servicio.

En esa medida, concluyó el A quo que no se desvirtuó la legalidad del acto acusado motivo por el cual negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

### **3. LA APELACIÓN (fs. 91-94)**

La parte actora presenta escrito de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando que sea revocada la misma, aduciendo que las consideraciones del A quo, se apartan del Decreto 2863 de 2007, al contrariar el principio de inescindibilidad de la norma y agregar una referencia que no se encuentra en ella.

Que el A quo, reconoce el incremento de la prima de actividad en un 50%, pero no continua analizando la norma en su integridad para llegar a la conclusión de que el incremento ordenado para los activos es del 50% de lo que establecen los artículos 84 del Decreto Ley 1211 de 1990 y 68 del Decreto Ley 1212 de 1990.

En cuanto al incremento de los retirados, advierte el apelante que la norma dice "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





**13001-33-33-005-2015-00373-01**

que trata el artículo 2º del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007"

Continua señalando que el porcentaje en que se ajustó el del activo, fue del 50% del 33% que señala el artículo 68 del Decreto 1212 y, que de acuerdo con el artículo 4º del Decreto 2863, el derecho de los retirados corresponde al mismo incremento que se efectuó para los activos, es decir, 50% de 33%, no entendiéndose el motivo por el cual se les va a asignar un valor diferente.

Que en ninguna parte de la norma figura que el incremento para los retirados establecido en el Decreto 2863 es el 50% de la partida tomada para integrar la base liquidatoria de la asignación de retiro como equivocadamente se dispone en el fallo apelado.

Que el propio artículo 4º, invoca el principio de oscilación para referirse al incremento para los retirados y; que no se cumple con dicho principio si la prima de actividad de los retirados se incrementa en un monto inferior al de los activos, el cual dispone que "las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarían 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"

En esa medida, concluye que para que se cumpla el principio de oscilación invocado en el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, el monto del incremento de la prima de actividad para los retirados debe ser el mismo que el monto del incremento para los activos y como para ellos el incremento fue del 16,5%, en dicho porcentaje se debe aumentar la prima para los retirados si se pretende cumplir con el principio de oscilación, pues cualquier valor diferente que se quiera aplicar, violaría dicho principio.

Señala que si existen dos interpretaciones diferentes de la norma, por principio universal de favorabilidad laboral, se debe aplicar la que sea más conveniente para el trabajador, motivo por el cual se debe aplicar el incremento del 16,5% en la prima de actividad de los retirados. Del mismo modo, solicita la aplicación del principio in dubio pro operario, la cual consiste en optar por la interpretación más protectora a los intereses del trabajador de la norma jurídica que rige la situación.

Que el A quo se ha apartado del precedente horizontal, respecto a lo solicitado en la demanda, toda vez que, en sentencias de fechas: 27 de junio de 2014 proferida por el Juzgado 27 Administrativo Oral del Circuito de Bogotá; sentencia de fecha 21 de abril de 2015 expedida por el Tribunal Administrativo



**13001-33-33-005-2015-00373-01**

de Boyacá -Sala de Decisión No. 4; sentencia del 19 de agosto de 2016 Tribunal Administrativo de San Andres Providencia y Santa Catalina, etc.se ordena reconocer al demandante el incremento de la prima de actividad, como factor salarial, de acuerdo a lo establecido en el Decreto 1211, esto es 16,5%.

#### **4. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA**

Mediante providencia de fecha 14 de diciembre de 2016, se admitió el recurso de apelación interpuesto (f. 4 Cuaderno de 2da instancia), y finalmente, a través de auto de fecha 23 de febrero de 2017 (f. 7 Cuaderno de 2da instancia) se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto.

#### **5. ALEGACIONES**

##### **5.1. De la parte demandante (fs. 9-11)**

Reitera lo señalado en el escrito de apelación y adicionalmente, señala que no está solicitando la aplicación del Decreto 4433 de 2004, sino que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 4433 de 2004.

##### **5.2. De la parte demandada**

No presentó escrito de alegaciones.

#### **6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Ministerio Público no rindió concepto dentro del presente asunto.

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

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

### **V.- CONSIDERACIONES**

#### **1. COMPETENCIA**

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de



13001-33-33-005-2015-00373-01

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.

## 2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema Jurídico en el presente caso consiste en determinar si la parte demandante tiene derecho a la reliquidación y el correspondiente reajuste de su asignación de retiro con la incorporación de los porcentajes incrementados a la partida computable PRIMA DE ACTIVIDAD, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2863 de 2007.

En caso de ser negativa la respuesta, se confirmará la decisión de primera instancia; en caso contrario se revocará.

## 3. TESIS

La Sala de Decisión Confirmará la sentencia de primera instancia, en razón a que el demandante no tiene derecho a que se le reliquide y reajuste su asignación de retiro con la incorporación de los porcentajes incrementados a la partida computable Prima de Actividad en un 41.5%, toda vez que, el reajuste sobre la prima de actividad ordenado en el Decreto 2863 de 2007, ya viene siendo percibido por el actor.

La Tesis planteada se soporta en los argumentos que a continuación se exponen.

## 4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La prima de actividad de que trata el *sub examine*, inicialmente fue concebida como una prestación a favor de los miembros activos de las Fuerzas Militares, para después convertirse en un factor de liquidación de las asignaciones de retiro según el porcentaje establecido para los años en que el interesado estuvo en servicio activo.

El Decreto 1211 de 1990, *Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares*, en su artículo 159 dispuso:

**"ARTÍCULO 159. CÓMPUTO 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



13001-33-33-005-2015-00373-01

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 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%)."(Negritas y subrayas de la Sala)

Por su parte, 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, preceptúa:

"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.

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



**13001-33-33-005-2015-00373-01**

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, 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 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."

De lo anterior, se colige que el Decreto 4433 de 2004 contempla porcentajes mayores referentes a la prima de actividad que debe computarse en la asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública en comparación con el Decreto 1211 de 1990.

Por otro lado, el artículo 42 del citado decreto consagra el llamado principio de oscilación, según el cual, las asignaciones de retiro contempladas en él



13001-33-33-005-2015-00373-01

se incrementaran en igual porcentaje en que se aumenten las asignaciones para los miembros que se encuentran en actividad.

*"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."*

Mientras tanto, el Decreto 2863 de 2007, por medio del cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 que fijó 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, Pilofines, Grumetes y Soldados, dispone lo siguiente:

*"Artículo 2°. Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así:*

***Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1° de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto ley 1211 de 1990, 68 del Decreto ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto ley 1214 de 1990.***

*Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos **159 del Decreto ley 1211 de 1990** y 141 del Decreto ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%)."* (Negritas de la Sala)

*"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*



**13001-33-33-005-2015-00373-01**

*trata el artículo 2° del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007. (Negritas de la Sala)*

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

Haciendo una interpretación armónica de los artículos en cita, se concluye que, en virtud del principio de oscilación, el aumento dispuesto en el porcentaje de la prima de actividad del personal activo de los miembros de las Fuerzas Militares, también se les aplica al personal retirado que a la fecha de entrada en vigencia del mismo, esto es, 1° de julio de 2007, ya vinieran disfrutando de asignación de retiro, modificando así lo señalado en el Decreto 4433 de 2004 al respecto.

## **5. CASO CONCRETO**

### **5.1. Hechos probados**

Del expediente administrativo laboral allegado con la contestación de la demanda y de las demás pruebas allegadas al proceso, se tienen como hechos probados los siguientes:

- De acuerdo con la Hoja de Servicios No. 0006-ARC del 10 de enero de 1977, el Capitán de Corbeta (Oficial) ÁLVARO PÉREZ MUÑOZ, se retiró del servicio por solicitud propia (Decreto No. 2660 de 1976 f. 53), y con un tiempo de servicio de veintidós (22) años, diez (10) meses y cinco (05) días, vinculado a la Armada Nacional (fs. 53 vto. y 54).
- Mediante Resolución No. 0123 del 21 de febrero de 1977, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconoció al demandante asignación de retiro, para lo cual se tuvo en cuenta como partida computable la prima de actividad en un 15%. (Fs. 55-56)
- Que de acuerdo con el Certificado Cremil No. 1667 consecutivo 2015-2057 del 19 de enero de 2015, el señor Álvaro Pérez Muñoz, durante el periodo de enero a junio de 2007, tenía reconocido como prima de actividad un porcentaje correspondiente al 25% (f. 14); y de julio de 2007 en adelante, le viene siendo reconocido un porcentaje del 37,5% como partida computable de la prima de actividad (fs. 14 y 15).
- Que de conformidad con el contenido del acto administrativo acusado Oficio No. 211, Certificado Cremil No. 127998 Consecutivo 2014-98511 de fecha 23 de diciembre de 2014, el demandante a partir



**13001-33-33-005-2015-00373-01**

de julio de 2007, le viene reconocido el 37.5% como partida computable de prima de actividad. (F. 13)

## **5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial expuesto**

Advierte la Sala que, teniendo en cuenta la calidad de Capitán de Corbeta (Oficial) de la Armada Nacional ostentada por el demandante al momento de su retiro (f. 54), le fue reconocida una asignación de retiro, en cuantía del 78% del sueldo de actividad correspondiente a su grado y con el computo del 15% de la prima de actividad, entre otras partidas (f. 8).

Con posterioridad, el Decreto 1211 de 1990, por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, estableció en su artículo 159, que los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del mentado decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás prestaciones sociales, se reconocería un porcentaje del 25% del sueldo, por concepto de Prima de Actividad siempre que tuvieran más de 20 años de servicio, pero menos de 25.

Por otra parte, encuentra acreditado la Sala, que al actor, con posterioridad al reconocimiento de la asignación de retiro, le fue incrementada la partida computable de prima de actividad de un 15% a un 25% (f. 14). Del mismo modo, por disposición del Decreto 2863 de 2007, se incrementó el porcentaje de la prima de actividad del 25% al 37.5%, a partir del 1° de julio de 2007, tal y como se acredita con el certificado de haberes allegado al expediente (fs. 14-15), corroborado en el acto administrativo acusado<sup>1</sup>.

No obstante lo anterior, el demandante en el recurso de alzada, solicita que se le aplique el Decreto 2863 de 2007 art. 4° y que como consecuencia le sea reconocida prima de actividad en un porcentaje del 41.5% sobre el sueldo básico y que por ende le sea reajustada su asignación de retiro; a lo cual estima la Sala que el demandante no tiene derecho a que se le reliquide y reajuste su asignación de retiro con la incorporación de los porcentajes incrementados a la partida computable Prima de Actividad en un 41,5%, toda vez que, la normatividad aplicable para establecer el monto de la prima de actividad es la vigente al momento de la consolidación del derecho (asignación de retiro).

<sup>1</sup> Véase para el efecto acto administrativo acusado f. 13



13001-33-33-005-2015-00373-01

Aunado a lo anterior, el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 que consagra el principio de oscilación y cuya aplicación requiere el apelante, deja entrever que tiene como fin que las asignaciones de retiro contempladas en el mismo, se incrementen en igual porcentaje en que se aumenten las asignaciones de actividad, haciendo referencia sólo a aquellas personas que alcancen el derecho a partir de su entrada en vigencia, es decir, a partir del 31 de diciembre de 2004; a tal conclusión llega la Sala, pues el artículo 2° del mismo decreto, señala que se respetarán los derechos adquiridos de quienes al momento de su entrada en vigencia hubieren cumplido todos los requisitos para acceder a una asignación de retiro conforme a normas anteriores<sup>2</sup>, por lo que se advierte, que el Decreto en cita, en materia de prima de actividad, no dispuso efecto retroactivo alguno, sino que dejó indemne la situación jurídica de quienes ya venían con su derecho consolidado.

Cuestión diferente, es lo que ocurre con la aplicación del Decreto 2863 de 2007, toda vez que, este mismo en sus artículos 2° y 4°, autoriza aplicar el principio de oscilación de la asignación de retiro previsto por el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004 a las asignaciones de retiro de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública obtenidas con anterioridad al 1° de julio de 2007, señalando de manera taxativa, que la prima de actividad, como factor computable de la asignación de retiro, se les incremente en igual porcentaje en que ésta se haya ajustado al personal activo del mismo grado que el del retirado; y dicho ajuste ya fue efectuado por parte de la entidad demandada, pues como se señaló anteriormente, el porcentaje de la partida prima de actividad del demandante fue aumentado de un 25% a un 37.5%.

Así las cosas, estima la Sala que le asiste razón al *A quo*, cuando considera que no existe causal de nulidad alguna del acto acusado por medio del cual la entidad demandada no accedió a la solicitud del demandante de que se le aumentara el porcentaje de Prima de actividad a un 41.5%, como partida computable para su asignación de retiro, y el consecuente reajuste

---

<sup>2</sup> Decreto 4433 de 2004. Artículo 2°. Garantía de los derechos adquiridos. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y Soldados de las Fuerzas Militares, o sus beneficiarios, **que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a una asignación de retiro** o a una pensión de invalidez, o a su sustitución, o a una pensión de sobrevivencia, **conservarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos, conforme a normas anteriores.** (Negritas de la Sala).



**13001-33-33-005-2015-00373-01**

de ésta última, pues la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES ha efectuado los ajustes que por ley se pueden realizar, esto es, el incremento del 50% concebido en el Decreto 2863 de 2007.

Por todo lo anterior, la Sala confirmará la Sentencia Oral de primera instancia de fecha veintiséis (26) de julio de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

### **5.3. Condena en costas**

El artículo 188 del CPACA señala, que *"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"*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, habiendo sido resuelto de forma desfavorable el recurso de apelación de la parte demandante en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

En este caso, se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada<sup>3</sup>.

En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandante, las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de primera instancia, atendiendo lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del expediente.

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

### **VI.- FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la Sentencia Oral de fecha veintiséis (26) de julio de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las súplicas de la

<sup>3</sup> Acuerdo 1887 de 2003, artículo 3o.





13001-33-33-005-2015-00373-01

demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte demandante, liquídense por la Secretaría del Juzgado de Primera instancia, conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en dicha liquidación las agencias en derecho, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al Despacho de origen para que se sirva dar cumplimiento a lo ordenado en esta providencia.

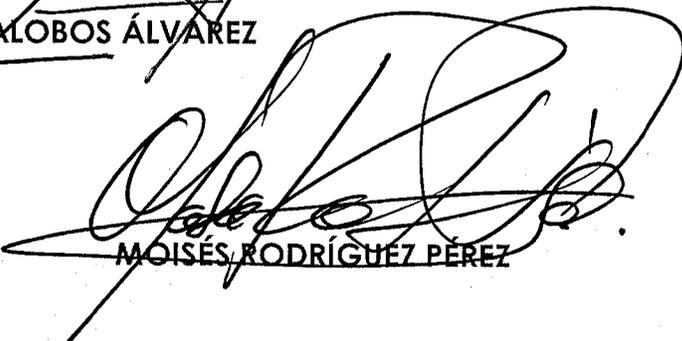
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha, según consta en Acta No. \_\_\_\_*

**LOS MAGISTRADOS,**

  
LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

  
EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

  
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-005-2015-00373-01
Demandante	ÁLVARO PÉREZ MUÑOZ
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES -CREMIL
Tema	PRIMA DE ACTIVIDAD
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

Handwritten signature and text, possibly including the name "John Smith" and a date "1865".