

13001-33-33-010-2017-00251-01

Cartagena de Indias D. T. y C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

I.IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICADO	13001-33-33-010-2017-00251-01
DEMANDANTE	FELIPE PERILLA alvaro.mendezrosario@hotmail.com abogadoscitybank@yahoo.com
DEMANDADA	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES–CREMIL
MAGISTRADO PONENTE	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL
TEMA	Reajuste de asignación de retiro-Prima de actividad.

II.PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de decisión No. 03 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia dictada en audiencia inicial de fecha dieciséis (16) de mayo de dos mil diecinueve (2019)¹, proferida por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

III.ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA.²

3.1.1. Hechos relevantes planteados por el accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relatan a continuación:

- Que en la actualidad el actor goza del beneficio de una asignación de retiro con cargo a CREMIL desde el 23 de julio de 1979 con un tiempo de labores en servicio activo de 27 años, 00 meses y 11 días, y al momento del retiro se le aplicó el porcentaje de prima de actividad, en la legislación vigente para la época del retiro, en razón del tiempo laborado, razón por la cual, se está de acuerdo con el porcentaje reconocido.

¹ Folios 103-106-CD cdr.1

² Folios 1-6 cdr.1

- Que dentro de las partidas computables que liquida CREMIL en la asignación de retiro, está la denominada partida computable prima de actividad, la cual está liquidada hasta antes del 01 junio 2007 en un 30%, y a partir de esa fecha, en un 45 %.
- Lo anterior, porque en el año 2007 se expide el Decreto 2863, el cual contiene 7 artículos, siendo el 2 y 4, dada su interpretación el que genera la presente controversia, porque, CREMIL al aplicar el artículo 2, desconoce a quién se aplica, la condición y el beneficio contenido en artículo 4 del mismo Decreto.

Al porcentaje percibido, se le suma la mitad de este, generando el porcentaje que actualmente recibe, reclamándose entonces la diferencia porcentual de que trata el artículo 4 de la misma obra. En este caso, se reclama la aplicación del 50 % ordenado para los activos, esto es el 16.5 %, este porcentaje es lo que se reclama sumado al ya reconocido al momento del retiro.

Lo que CREMIL aplica: Art. 2 Decreto 2863/2007 30 % + 15 % = 45 %.

Lo que solicita aplicar: Art. 4 Decreto 2863/2007 30% + 16.5 % = 46.5 %

- Que en reclamación administrativa, el demandante solicitó a CREMIL modificar, reconocer y liquidar correctamente la prima de actividad en el porcentaje otorgado al militar en servicio activo 16.5 % sobre el sueldo según lo señalado en el Decreto 2863 de 2007 a partir del 01 de julio de 2007 y pagar las correspondientes diferencias indexadas hasta la inclusión en nómina, lo anterior, con fundamento en el art. 4 Decreto 2863/2007, respuesta que fue negativa.

3.1.2. Pretensiones de la demanda.

La demanda se dirige concretamente a que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el ESCRITO CREMIL No. 103008 de fecha 11 de diciembre de 2015, emanado por la Caja De Retiro De Las Fuerzas Militares CREMIL, mediante el cual negó el derecho al reajuste de asignación de retiro y por ende la reliquidación y pago de retroactiva prima de actividad.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho solicita que:

- Se condene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares CREMIL sobre la asignación básica el reconocimiento, liquidación, pago y reajuste de asignación de retiro por concepto de prima de actividad desde el

13001-33-33-010-2017-00251-01

2007 hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, en el incremento o porcentaje que se reclama.

- Que el incremento de la diferencia del porcentaje, se cancele con retroactividad de manera indexada y se condene, además, a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL a dar cumplimiento según los parámetros del artículo 192 del C.P.A.C.A. y a cancelar intereses en la forma prevista en el artículo 192 *ibidem*.
- Que se ordene a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares-CREMIL a dar cumplimiento al artículo 366 del Código General del Proceso, además de lo señalado en el artículo 192, 194 y 195 de la Ley 1437 de 2011.
- Que se condene en costas a la demandada Caja de Retiro Fuerzas Militares-CREMIL.

3.1.3. Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala como normas violadas las siguientes: Constitución Política artículos 2, 13, 23, 25, 48, 23, 53, 58 Ley 4/92, Decretos 2863 de 2007, Decreto 2863 de 2007, Artículos 31 Decreto 673 de 2008, Decreto 737 de 2009 Artículo 30, Artículo 30 del Decreto 1530 de 2010, Artículo 30 del Decreto 1050 de 2011, Artículo 30 del Decreto 842 de 2012, Artículo 30 del Decreto 1050 de 2013, Artículo 30 del Decreto 187 de 2014, Artículo 30 del Decreto 1028 de 2015.

Argumenta, que al demandante le asiste derecho al reajuste de asignación de retiro respecto de la partida computable prima de actividad, en aplicación al beneficio que otorga el artículo 4 del decreto 2863 de 2007, en concordancia con el artículo 2 del mencionado decreto, al no hacerlo CREMIL burlo la forma de liquidación de los principios de interpretación gramatical de la Ley, pues la prima de actividad debió ser ajustada en el mismo monto o proporción en que se ajustó al activo correspondiente.

Afirma que con el actuar de la entidad, se viola igualmente el principio de oscilación y el principio constitucional de favorabilidad ante la coexistencia de normas de igual rango legal.

3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La entidad CREMIL contesta la demanda señalando sobre los hechos, que son ciertos los relacionados con el reconocimiento de la prestación en

13001-33-33-010-2017-00251-01

cabeza del demandante, el derecho de petición dirigido a la entidad y la respuesta a este, desestimando los demás; y en relación con las pretensiones, se opone a las mismas.

Fundamenta su defensa bajo los argumentos i) Legalidad de las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y ii) no violación del derecho a la igualdad. Afirma que el accionante adquirió el status de militar retirado al desvincularse de la Armada el 30 de junio de 1976, bajo la vigencia del Decreto 2337 de 1971 que dispone una prima de actividad del 30% para quienes tenían más de 25 años de servicios, pero menos de 30.

Así mismo, manifestó que al demandante se le venía liquidando dentro de su asignación de retiro el 30% por concepto de prima de actividad, desde el momento del reconocimiento de la asignación de retiro y hasta la expedición del Decreto 2863 de 2007, con el cual el porcentaje fue incrementado al 45%, precisando que el porcentaje reconocido al actor fue el tope máximo permitido por el legislador para la época.

Arguye, que no le asiste razón al demandante para solicitar el incremento de prima de actividad, por cuanto el reconocimiento de su asignación de retiro se efectuó conforme a la normatividad vigente para la época de su retiro, agrega que no está de más recordar el principio de aplicación de la ley en el tiempo, el cual consiste en que las leyes rigen hacia el futuro.

Propuso como excepción, la siguiente:

1. NO CONFIGURACIÓN DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE CREMIL.
2. PRESCRIPCIÓN.
3. NO CONFIGURACION DE CAUSAL DE NULIDAD.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL.

4.1. Sentencia de Primera Instancia.

Mediante sentencia dictada en audiencia inicial de fecha dieciséis (16) de mayo de dos mil diecinueve (2019)³, el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, negó las pretensiones de la demanda, por considerar que se encontraba ajustada a derecho el actuar de la entidad

³PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante, las cuales se liquidarán por secretaría. Se señalan como agencias en derecho la suma equivalente al 1% de la estimación de la cuantía hecha en la demanda.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

13001-33-33-010-2017-00251-01

demandada y determinó que los actos administrativos se encuentran ajustados a derecho.

De igual forma, señaló que aplicar el derecho a la igualdad, tal y como lo pretende el actor, llevaría a desconocer la facultad que tiene el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública.

4.2. Recurso de apelación.⁴

La parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda; al respecto indicó que con el fallo se generó un provisto contrario a derecho, vulnerándose el contenido de los artículos 2, 13, 25 y 53 de la Constitución Política.

Sostiene el recurrente que, en base al principio de oscilación, se le debe dar aplicación a lo estipulado en el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007, reajustándole en el mismo porcentaje del incremento para los miembros activos en un porcentaje de un 49.5%, y que este se sumado al valor reconocido en la época del retiro. Así señala, que el actor cumple con la condición de haberse retirado antes del 01 de julio de 2007, por lo que tiene derecho a que se le reajuste en el mismo incremento del activo.

Arguye que no comparte con lo expresado en el fallo en lo que respecta al principio de favorabilidad, al considera que lo perseguido por este principio al miembro retirado es que sea protectora de los intereses para su beneficio, en tal sentido señala que no es equitativo y no es justo, lo dispuesto en el artículo 2 con lo previsto en el artículo 4 del Decreto 2863 de 2007. Así, arguye que yerra el fallo de primera instancia, debido a que el Decreto 2863 de 2007 si previó efectos retroactivos al establecer que su aplicación se realiza para aquellas asignaciones de retiro obtenidas con anterioridad al 01 de julio de 2007, se colige de lo expuesto que el contenido del Decreto 2863 del 2007 aunque es posterior, sostiene que se aplica también a las asignaciones de retiro reconocidas con anterioridad a su entrada en vigencia.

Agrega que existe una diferencia entre los porcentajes aplicado al actor contenido en el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007, tal como aplica CREMIL y avalado por el juez de primera instancia y la no aplicación concordante

⁴ Folios 107-111 cdr.1

13001-33-33-010-2017-00251-01

del artículo 4 de la misma norma que hizo referencia a la forma como sería aplicable el nuevo incremento consagrado en el artículo 2.

Respecto al reajuste solicitado en la demanda, sostiene que al leer los hechos y pretensiones no cabe duda que se solicitó el reajuste del 50% de lo que gana el personal activo. Ósea el 50% del 33%. Esto es 16.5%, no obstante, por error de transcripción en una parte de la petición se escribió 49.5 % pues así quedo transcrito en repetidas veces en la demanda, cuando realmente la suma a pedir o a reajustar es 16.5%, al igual ese no fue el motivo por el cual el Juzgado no accedió a las pretensiones, pues, aunque no hubiese incurrido en ese error involuntario en una parte tampoco hubiese accedido a conceder las pretensiones porque el dejó claro que no aplica normas posteriores favorables.

Por otra parte, señala que por regla general la ley de para situaciones jurídicas que se consoliden en su vigencia, sin embargo, la ley consagra norma favorable a situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una norma anterior podrá aplicarse la norma más beneficiosa, así mismo, la ley establece su ámbito aplicación para situaciones jurídicas concretas.

4.3. Trámite procesal segunda instancia.

A través del auto de fecha veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veinte (2020)⁵, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. Mediante auto de fecha doce (14) de marzo de dos mil veintiuno (2021)⁶, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

4.4. ALEGACIONES.

La entidad demandada⁷ presentó alegatos finales.

La parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

4.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

⁵ Folio 5 cdr.2

⁶ Folio 8 cdr.2

⁷ Folio 12 cdr.2

V. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. COMPETENCIA.

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

En el caso concreto, la Sala precisa que limitará el análisis a lo decidido en la sentencia de primera instancia y a los argumentos expuestos en el escrito de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 328 del Código General del Proceso, de conformidad con el cual *“el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley”*.

6.2. PROBLEMA JURÍDICO.

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Está viciado de nulidad el acto acusado, al negar al actor el reajuste de la asignación de retiro aumentando el monto correspondiente a la prima de actividad de un porcentaje del 45 % al 46.5%, según lo establecido en el Decreto 2863 de 2007, en concordancia con el principio de oscilación, en el mismo monto que lo reciben los miembros en servicio activo?

6.3. TESIS DE LA SALA.

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, por cuanto no le asiste razón al demandante para el reconocimiento del reajuste de la asignación de retiro por concepto de prima de actividad. La Sala sostendrá que no está viciado de nulidad el acto acusado, puesto que en su momento la entidad

13001-33-33-010-2017-00251-01

demandada le efectuó el aumento de acuerdo con lo estipulado en el Decreto 2863 de 2007, pasando su asignación por este concepto de 30% a 45%, de acuerdo con la normatividad que regula la materia, por lo que no hay lugar a ordenar el reajuste en el mismo monto de los miembros en servicio activo, por carecer de fundamento jurídico para ello.

6.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

6.4.1. Del Régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

Conforme al artículo 217 de la Constitución Política, se autorizó expresamente al Legislador para determinar el régimen prestacional de las Fuerzas Militares, como parte de la Fuerza Pública según el artículo 216 del Estatuto Superior. En desarrollo de esa preceptiva, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 señaló que el sistema integral de la seguridad social no se aplica a los miembros de la fuerza pública⁸.

En la misma línea, el artículo 150 numeral 19 de la Carta autorizó expresamente al Legislador para regular de manera particular el régimen de seguridad social al que deben acogerse dichos servidores públicos, de lo cual se concluye que gozan de un régimen especial de prestaciones sociales *"a partir del establecimiento de unas mejores condiciones que permitan acceder a un régimen pensional más benéfico en tiempo, en porcentajes o en derechos, en aras de equilibrar el desgaste físico y emocional sufrido durante un largo período de tiempo, por la prestación ininterrumpida de una función pública que envuelve un peligro inminente"*.⁹

Por su parte, la Ley 4ª de 1992¹⁰ dispuso que le corresponde al Gobierno Nacional fijar el régimen salarial y prestacional de dicho personal, **respetando la nivelación que debe existir entre la remuneración del personal activo y el retirado de la Fuerza Pública dentro de un respectivo grupo**, para lo cual, los Decretos que se profieran en uso de dicha competencia, no deben conducir a resultados diferenciales en el quantum de los salarios con respecto a las asignaciones de retiro de ese personal. Por ejemplo, no debe existir diferencia entre los oficiales en servicio activo y los oficiales retirados.

⁸⁴ARTICULO 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto-Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas".

⁹Corte Constitucional Sentencia C-432 de 2004

¹⁰Artículo 13

Dentro de las disposiciones de la precitada Ley 4ª de 1992, se destacan por su relevancia para la solución del caso concreto, los artículos 1, 2, 4, 10 y 13. De estas se tiene que corresponde al Gobierno Nacional:

1. Fijar el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública con sujeción a la ley marco dictada por el Congreso sobre la materia.
2. Aumentar las remuneraciones de los miembros de la **Fuerza Pública** conforme a los criterios y objetivos señalados en la Ley 4ª de 1992.
3. Establecer una escala gradual porcentual para nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la Fuerza Pública conforme a los criterios y objetivos señalados en la ley 4ª de 1992.
4. Velar por que los salarios y prestaciones sociales de los miembros de la Fuerza Pública no sufran una desmejora.

En consecuencia, cualquier acto que contravenga estas directrices carecerá de todo efecto.

Ahora bien, el régimen especial del personal de la FUERZA PÚBLICA, está contenido, entre otras, en las siguientes disposiciones relevantes frente a cada grupo de sus miembros:

El **Decreto 1213 de 1990** que consagra el Estatuto del personal de Agentes de la Policía Nacional, el **Decreto 1211 de 1990 o** Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, el **Decreto 1212 de 1990 o** Estatuto del Personal y suboficiales de la Policía Nacional y el **Decreto 1214 de 1990** que reformó el estatuto y el régimen prestacional del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional¹¹.

Así mismo, se aplican a todos los miembros de la FUERZA PÚBLICA: la **Ley 923 de 2004**, contentiva de "*normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política*", el **Decreto 4433 de 2004**, por medio del cual se fijó "*el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*", el **Decreto 1515 de 2007** por medio del cual se fijaron "*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*

¹¹ El Decreto 2070 de 2003 que reformó el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-432 de 2004, M.P RODRIGO ESCOBAR GIL.

13001-33-33-010-2017-00251-01

la Policía Nacional, y Empleados Públicos del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; se establecen bonificaciones para Alféreces, Guardiamarinas, Pilotines, Grumetes y Soldados, se modifican las comisiones y se dictan otras disposiciones en materia salarial", y el Decreto **2863 de 2007**, por medio del cual se modificó parcialmente el **Decreto 1515 de 2007** y se dictaron otras disposiciones.

4.2 Del principio de OSCILACIÓN.

Sea lo primero advertir que la asignación de retiro se considera como una modalidad de prestación social que "se asimila a pensión de vejez"¹².

Ahora, en lo que respecta al principio de OSCILACIÓN, tratándose de oficiales de las fuerzas militares, en concreto del Ejército Nacional, se ha venido consagrando así:

DECRETO 1211 DE 1990 "...ARTICULO 169. OSCILACIÓN DE ASIGNACIÓN DE RETIRO Y PENSIÓN. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente **Decreto se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 de este Decreto.** En ningún caso aquellas serán inferiores al salario mínimo legal.

Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.
"(subrayado y negrilla fuera del texto).

Esta disposición, consagró el principio de oscilación que se traduce en que, la asignación de retiro y las "pensiones" de los miembros de la fuerza pública, se liquidan teniendo en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan a las asignaciones del personal en servicio activo, con la finalidad de que las mismas mantengan una equivalencia que salvaguarde el principio de igualdad.

Sobre el principio de OSCILACIÓN, el Consejo de Estado en Sentencia de la Sección Segunda, Consejero Ponente, Dr. NICOLAS PAJARO PEÑARANDA, radicado interno 2956 -99, que se ha reiterado y mantenido como línea jurisprudencial, precisó:

¹² Corte Constitucional Sentencia C – 432 de 2004

13001-33-33-010-2017-00251-01

“... ya que por el sistema de oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones establecido en el artículo 169 del decreto 1211 de 1990, las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad se deben reflejar en las asignaciones y pensiones ya reconocidas...”

Entonces, conforme al principio de oscilación, todo aquello que beneficie la asignación del respectivo personal en actividad, beneficia la asignación del personal en retiro.

Así las cosas, habiéndose precisado que al Estado le asiste el deber de aumentar las remuneraciones conforme a los criterios y objetivos señalados en la Ley 4ª de 1992, debe entenderse que ese aumento se debe efectuar no sólo en los salarios de los miembros activos sino también en igualdad en las asignaciones de retiro.

Además, esa misma Ley marco, consagra que en ningún caso se podrán desmejorar los salarios y prestaciones sociales de los servidores del Estado, dentro de los cuales se encuentra, el personal de la fuerza pública y entre ellos, el personal que goza de asignación de retiro.

Por su parte, en la Ley 923 de diciembre 30 de 2004, se señalaron 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 conforme al artículo 150, numeral 19, literal e), precisando en su artículo 2 que para la fijación de ese régimen el Gobierno debe tener en cuenta los principios de “eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad”. Como elementos mínimos del marco pensional y de la asignación de retiro, incluyó en el artículo 3 numeral 3.13 el principio de OSCILACIÓN en los siguientes términos: “El incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo”.

Por lo demás el Decreto 4433 de diciembre 31 de 2004 que fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de 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 a los Soldados de las Fuerzas Militares, dispuso en sus artículos 2 y 3 la garantía de los derechos adquiridos y reiteró los principios señalados en la Ley de “eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad”.

13001-33-33-010-2017-00251-01

En el título V –denominado DISPOSICIONES VARIAS, artículo 42 consagró el principio de OSCILACIÓN en los siguientes términos: “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 ajusten en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley”

Por último, el Decreto 2863 del 27 de julio de 2007 que modificó el Decreto 1515 de 2007, consagró en su artículo 4 el PRINCIPIO DE OSCILACIÓN así:

*“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 2007¹³.*

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

6.4.2. La prima de Actividad

Mediante los artículos 59 y 116 del Decreto 2337 de 1971¹⁴ 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

¹³ Esta disposición legal consagró el aumento de la prima de actividad del personal civil del Ministerio de Defensa y Policía Nacional regulado por el Decreto 1214 de 1990, en los siguientes términos: “La prima de actividad de que trata el Artículo 38 del Decreto Ley 1214 de 1990, será del treinta y tres por ciento (33%) del sueldo básico mensual.

¹⁴ “Por el cual se reorganiza la Carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.”



13001-33-33-010-2017-00251-01

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*



13001-33-33-010-2017-00251-01

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 80¹⁵ 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 *ibidem*, 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 ciento (15%).

¹⁵ **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.



13001-33-33-010-2017-00251-01

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%).” (Subraya fuera de texto.)

Luego, 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%).”

Posteriormente, el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le confiere 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.¹⁶

Sin embargo, el artículo 160¹⁷ *ibidem*, 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 2003¹⁸, 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 2003¹⁹ (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 Constitución Política, concretamente, porque “(...) debe regularse por el

¹⁶ 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%).

¹⁷ 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.

¹⁸ “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.”

¹⁹ “Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares”

13001-33-33-010-2017-00251-01

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 2004²⁰, 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.”

Por su parte el artículo 14²¹ *ibidem*, consagró la forma en que debe liquidarse

²⁰ “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.”

²¹ **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

13001-33-33-010-2017-00251-01

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 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 *ibidem*, 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

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.

13001-33-33-010-2017-00251-01

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.

6.5. CASO CONCRETO.

6.5.1. Hechos probados.

- Petición elevada por el señor Felipe Perilla ante la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – CREMIL de fecha 19 de noviembre de 2015, en la que solicita la modificación, reconocimiento y liquidación de la partida computable prima de navidad.²²
- Respuesta de a la petición CREMIL 103008 y con número de consecutivo 2015-88031 expedido por la entidad accionada en fecha 11 de diciembre de 2015, por medio del cual da respuesta a la solicitud de reajuste de la asignación de retiro por prima de navidad presentada por el actor, en el que señala que no se atiende favorablemente la petición, con ocasión a que la asignación de retiro reconocida se le ha pagado conforme a la norma legal vigente.²³
- Certificado CREMIL 103008 y con número de consecutivo 2015-92145 donde consta que el actor prestó sus servicios militares en la Fuerza Naval del Atlántico, Actual Fuerza Naval del Caribe en Cartagena.²⁴
- Certificado CREMIL 103008 y con número de consecutivo 2015-92145 donde se certifica los porcentajes y las partidas computables con los

²² Folios 10-19 y 63 cdr.1

²³ Folio 20 cdr.1

²⁴ Folio 21 cdr.1

13001-33-33-010-2017-00251-01

que fue liquidada la asignación de retiro al señor Felipe Perilla.²⁵ De la siguiente manera:

SUELDO		\$	1.824.096,12
PRIMA DE ACTIVIDAD	45%	\$	820.843,25
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	25%	\$	456.024,03
SUBSIDIO FAMILIAR	43%	\$	784.361,33
PRIMA DE NAVIDAD		\$	323.777,06
SUBTOTAL		\$	1.847.952,12
PORCENTAJE DE LIQUIDACION	85%		
TOTAL ASIGNACION RETIRO		\$	3.577.737,00

- Certificado CREMIL 103008 y con número de consecutivo 2015-92145 donde se certifica los porcentajes y las partidas computables con los que fue liquidada la asignación de retiro al señor Felipe Perilla de enero a junio y de julio a diciembre del año 2007.²⁶ De la siguiente manera:

ENERO A JUNIO AÑO - 2007			
SUELDO BASICO		\$	1.149.720,00
PRIMA DE ACTIVIDAD	30,0%	\$	344.916,00
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	25,0%	\$	287.430,00
SUBSIDIO FAMILIAR	43,0%	\$	494.379,60
1/12 PRIMA DE NAVIDAD		\$	191.140,95
SUBTOTAL		\$	2.467.586,55
PORCENTAJE DE LIQUIDACION	85,0%		
TOTAL ASIGNACION DE RETIRO		\$	2.097.449,00
JULIO A DICIEMBRE AÑO - 2007			
SUELDO BASICO		\$	1.149.720,00
PRIMA DE ACTIVIDAD	45,0%	\$	517.374,00
PRIMA DE ANTIGÜEDAD	25,0%	\$	287.430,00
SUBSIDIO FAMILIAR	43,0%	\$	494.379,60
1/12 PRIMA DE NAVIDAD		\$	191.140,95
SUBTOTAL		\$	2.639.044,55
PORCENTAJE DE LIQUIDACION	85,0%		
TOTAL ASIGNACION DE RETIRO		\$	2.244.037,00

- Hoja de servicios del Suboficial Jefe-Técnico de la Armada Felipe Perilla.²⁷
- Resolución N° 0778 del 23 de julio de 1976²⁸ "Por la cual se ordena el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al señor Suboficial Jefe Técnico Armada Felipe Perilla", en la que se computó como partidas a tener en cuenta para su liquidación:

Sueldo básico	
Prima de Actividad	15.0%
Prima de Antigüedad	25.0%
Subsidio familiar	39.0%
Prima de Navidad	1/12

- Expediente administrativo N° 6151040²⁹ del Suboficial Jefe Técnico de la Armada Felipe Perilla.

6.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

²⁵ Folio 22 cdr.1

²⁶ Folio 23 cdr.1

²⁷ Folio 25 cdr.1

²⁸ Folio 26 cdr.1

²⁹ Folio 68 -76 cdr.1

Aplicando el marco jurídico a los hechos que resultaron probados, la Sala considera que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, porque contrario a lo sostenido por el recurrente, en ella se hizo un correcto análisis respecto de las normas que resultan aplicables al caso concreto.

Considera la Sala que, no le asiste razón al demandante, cuando pretende que su asignación sea reajustada incrementando la prima de actividad de un porcentaje del 46.5%, con el argumento que se vulnerarían principios del derecho laboral constitucional como los de igualdad, favorabilidad y oscilación que rigen las pensiones de los miembros de la fuerza pública.

Una vez revisados los comprobantes de liquidación allegados en la demanda (fls 23), se pudo establecer de conformidad a la certificación de partidas computables, al demandante para el año 2007 y siguientes la entidad le liquidó la prima de actividad en porcentaje de 30% a 45%, lo cual corresponde con el incremento ordenado por el Decreto 2863 de 2007.

De la normatividad referida en líneas anteriores, se estableció 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. Así, es claro que el aumento indicado en la norma es sobre el porcentaje y no sobre el monto básico como lo pretende el demandante, dado que este no es el alcance de la norma.

Bajo este entendido, la Sala observa que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares realizó el reconocimiento de la asignación de retiro conforme a las normas que regían la materia para el momento en que se produjo el retiro del causante, esto es, en aplicación a lo establecido en el Decreto 2337 de 1971, como quiera que el señor Felipe Perilla prestó sus servicios por espacio de 25 años, 05 meses y 18 días. Sin embargo, la entidad demandada en cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007, liquidó el porcentaje de la prima de actividad a un 30% a 45%.

En este sentido, la Sala advierte que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares efectuó el reajuste en la proporción indicada en los artículos 2º y 4º del Decreto 2862 de 2007, pues se advierte que cuando el artículo 4º del Decreto 2863 del 2007 señala el derecho de ajuste en el mismo porcentaje

13001-33-33-010-2017-00251-01

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 1990³⁰.

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

Así las Cosas, estima la Sala que se debe confirmar la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda.

6.6. CONDENA EN COSTAS.

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación condenará en costas a la parte demandante a quien se le resuelve desfavorablemente el recurso de apelación, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo con lo señalado en el artículo 366 del CGP.

VII. 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: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida en audiencia inicial de fecha dieciséis (16) de mayo de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo a lo señalado en los artículos 365 y 366 del CGP.

³⁰ Ver sentencia del catorce (14) de junio de dos mil dieciocho (2018) Radicación número: 25000-23-25-000-2012-01653-01(1762-17) Consejo de Estado – Sección Segunda Subsección B

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

MOISÉS DE JESÚS RODRIGUEZ PÉREZ

Con incapacidad


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

Las anteriores firmas corresponden a la sentencia de segunda instancia proferida dentro del Proceso Radicado con el No. 13001-33-33-010-2017-00251-01.