



Sentencia Nº 218

Audiencia Inicial - Artículo 180 C.P.A.C.A.  
ACTA No. 243 de 2018

**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho  
**Radicado:** 110013335-017-2017-00256-00  
**Demandante:** SOLON LEÓN PÉREZ  
**Demandado:** CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL  
**Tema:** Prima de Actividad  
**Sala:** 37

En Bogotá D.C., a los trece (13) días del mes de diciembre de dos mil dieciocho (2018) siendo las ocho y treinta (08:30) am, la suscrita Juez **17** Administrativa Oral de Bogotá declara formalmente abierta la presente AUDIENCIA INICIAL prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, dentro del proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor **SOLON LEÓN PÉREZ** contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL**, actuación con radicado 110013335-017-2016-00256-00.

Se precisa que de la presente audiencia quedará una videograbación que será incorporada en el expediente, acompañada de la respectiva acta que recoge lo acontecido en esta diligencia.

#### I. PRELIMINARES

##### PRESENTACIÓN DE LAS PARTES INTERVINIENTES:

**Apoderado del demandante:** CLAUDIA TATIANA QUEVEDO LEAL con cédula de ciudadanía No.53.907.468 y Tarjeta Profesional No. 202.276 del C. S. de la J. autoriza correo electrónico para efectos de notificaciones: [jquevedod58@hotmail.com](mailto:jquevedod58@hotmail.com). Quien Solicita se tenga en cuenta poder de sustitución otorgado por el apoderado principal Dr. JOFFRE MARIO QUEVEDO DÍAZ que allega en 1 folio.

**Apoderado de la demandada:** GIMY ANDRÉS ERASO BURBANO identificada con la cédula de ciudadanía No.5.206.600 de Pasto y Tarjeta Profesional No.121.357 del C. S. de la J., y quien autoriza notificaciones al correo electrónico: [notificacionesjudiciales@cremil.gov.co](mailto:notificacionesjudiciales@cremil.gov.co) [cpqandresia.co@gmail.com](mailto:cpqandresia.co@gmail.com) Quien Solicita se tenga en cuenta poder otorgado por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de CREMIL Dr. EVERARDO MORA POVEDA que allega en 9 folios.

**Ministerio Público:** ÁLVARO PINILLA GALVIS, Procurador 87 Judicial I Administrativo. Se deja constancia que el señor Agente del Ministerio Público no asiste a esta diligencia.

##### RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍAS. (Minuto 04:00)

De conformidad con los memoriales presentados en esta diligencia, el Despacho le reconoce personería a la abogada CLAUDIA TATIANA QUEVEDO LEAL con cédula de ciudadanía No.53.907.468 y Tarjeta Profesional No. 202.276 del C. S. de la J. con ocasión de la sustitución de poder otorgado por el apoderado principal del accionante, Dr. JOFFRE MARIO QUEVEDO DÍAZ, en un folio.

Igualmente reconoce personería al abogado GIMY ANDRÉS ERASO BURBANO identificada con la cédula de ciudadanía No.5.206.600 de Pasto y Tarjeta Profesional No.121.357 del C. S. de la

J. para que actúe en representación de la demandada CREMIL en los términos del poder otorgado por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica.

La presente decisión se adopta mediante **auto de sustanciación No. 987** y se notifica en estrados.

#### **SANEAMIENTO** (Minuto 06:33)

El despacho no observa irregularidades o vicios que deban sanearse en esta etapa. Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No. 1750** y queda notificada en estrados, sin oposición por los apoderados intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

#### **EXCEPCIONES** (Minuto 07:00)

Dentro del término de traslado, conforme con las disposiciones del artículo 175 del CPACA., la entidad demandada CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL contestó la demanda y propuso la excepción que denominó: "*No configuración de falsa motivación en las actuaciones de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares*", la cual, de acuerdo con la sustentación, no constituye un verdadero modo exceptivo, toda vez que no involucra ninguna circunstancia adicional o nueva que ataque las pretensiones- perentorias o de fondo- o al procedimiento- esto es previas o formales-. *Contrario sensu*, guardan relación directa con el fondo del asunto estudiado y hacen parte de los argumentos de la defensa, por tal razón al decidir de mérito el proceso estos asuntos quedarán de paso resueltos.

Igualmente, el Despacho tampoco avizora excepciones que declarar de manera oficiosa en esta instancia. Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No. 1751**. Las partes quedan notificadas en estrados, se les concede el uso de la palabra a los apoderados por si tienen recursos u observación alguna. Sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

#### **FIJACIÓN DEL LITIGIO** (Minuto 15:34)

La entidad demandada acepta como ciertos los hechos relacionados con el reconocimiento pensional la petición de reliquidación y la respuesta de la entidad sobre la petición presentada por el actor.

#### **PRETENSIONES**

1. Declarar la nulidad del acto administrativo N° 6501 del 16 de febrero de 2017, mediante el cual, la CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.
2. La reliquidación y reajuste de la asignación de retiro, reconocida al señor SOLON LEÓN PÉREZ, computando en su liquidación mensual la partida prima de actividad en un porcentaje del 33% de la asignación básica, en aplicación de los parámetros establecidos en el Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004 y a partir del 1 de Julio de 2007 el 49.5% de conformidad con el Decreto 2863/07.
3. El reajuste de la asignación de retiro, año por año, con los nuevos valores que arroje la reliquidación solicitada en los literales anteriores.
4. Ordenar el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre la liquidación solicitada y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro desde el año 2007 en adelante hasta la fecha en que sea reconocido el derecho precitado.
5. Ordenar a la demandada el cumplimiento a la sentencia que ponga fin a la presente acción en la forma y términos señalados en los artículos del CPACA.

Considera que el acto demandado viola disposiciones constitucionales y legales, por cuanto al pasar a la asignación de retiro le fue reducido el porcentaje de prima de actividad que devengaba, y principalmente la contenida en el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, por falta de aplicación, cuando a partir del 1º de julio de 2007 reajustó la prima de actividad del 25% al 37.5%, cuando debió hacerlo en la misma proporción que la del militar en servicio activo correspondiente, es decir al 49.5% en atención al principio de oscilación con la finalidad de proteger el poder adquisitivo constante, conforme lo ha indicado el Consejo de Estado.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls.37-77)**

La entidad accionada manifestó que las pretensiones solicitadas no tienen vocación de prosperidad por cuanto la prima de actividad se liquidó y reconoció al demandante conforme con las normas aplicables al retiro del servicio, con fundamento en el tiempo de servicio acreditado en su hoja de servicios. Indicó también que con fundamento en lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007 el porcentaje de la prima de actividad fue incrementado del 25% al 37.5%, con el fin de garantizar el poder adquisitivo de la asignación de retiro del hoy accionante.

### **FIJACIÓN DEL LITIGIO (Minuto 17:57)**

El problema jurídico consiste en establecer si el demandante en su condición de Suboficial (R) del Ejército Nacional, a quien se le reconoció asignación mensual de retiro antes del 1º de julio de 2007, tiene derecho a que la demandada CREMIL reajuste la prima de actividad como partida computable en su asignación de retiro en un 49,5% de conformidad con el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007.

Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No. 1752** y queda notificada en estrados, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

**En este momento se retira el apoderado de la demandada CREMIL manifestando asistir a una diligencia del 192 en otro Juzgado Administrativo.**

### **CONCILIACIÓN (Minuto 18:56)**

Si bien la controversia aquí ventilada tiene que ver con **derechos ciertos e indiscutibles**, los efectos económicos de los actos impugnados pueden ser objeto de conciliación, por lo que se procede a indagar al Apoderado de la accionada, pero considerando que el apoderado de CREMIL debió ausentarse del recinto el Despacho declara **FALLIDO** el intento conciliatorio en esta etapa procesal y ordena continuar con la actuación. Esta decisión se toma mediante **auto interlocutorio No. 1753** quedando notificados en estrados. Se corre traslado a los sujetos intervinientes. Sin objeciones.

### **MEDIDAS CAUTELARES**

En consideración a que no existen medidas cautelares pendientes por resolver, se continúa con la siguiente etapa procesal.

### **DECRETO DE PRUEBAS (Minuto 19:45)**

En virtud de lo dispuesto en el numeral 10º del artículo 180 del CPACA, en concordancia con el artículo 212 ibídem, el Despacho procede a pronunciarse respecto de las pruebas aportadas y solicitadas por las partes así:

**A FAVOR DE LA PARTE DEMANDANTE:** En los términos y condiciones establecidos en la Ley, se tienen como pruebas al momento de fallar, los documentos acompañados con la demanda, esto es:

1. Copia de la petición de agotamiento de actuación administrativa ante CREMIL solicitando el reajuste de la prima de actividad computable en su asignación de retiro radicada con consecutivo No.20170007197 del 07/02/2017 (fl.2)
2. Copia del Oficio No.211 Consecutivo 2017-6502 del 16 de febrero de 2017<sup>1</sup> mediante la cual CREMIL niega la petición de reajuste de prima de actividad del actor (fl.3)
3. Copia de la Hoja de Servicios Militares del Sargento Primero SOLON LEÓN PÉREZ (fl.4-5)
4. Copia de la Resolución No.2842 del 20 de septiembre de 1973 por la cual se ordena el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al Sargento Primero (r) del Ejército SOLON LEÓN PÉREZ conforme al decreto 2337 de 1971 con el reconocimiento del 15% de prima de actividad (fls.6)
5. Certificación de la última unidad militar y sitio geográfico de servicios del señor SOLON LEÓN PÉREZ que fue el Comando Ejército en Bogotá (fl.7)
6. Certificación No. CREMIL 7694 No.613 de incrementos anuales del Sargento Primero SOLON LEÓN PÉREZ para los años 2004 a 2009 conforme al decreto 2863 de 2007 incrementando del 25% al 37,5% retroactivo al 1º de julio de 2007 (fl.8-9)

**A FAVOR DE LA DEMANDADA:** En los términos y condiciones de Ley se decretan y se tienen como pruebas la copia del expediente de asignación de retiro del actor aportado por CREMIL con la contestación de la demanda obrante a folios 46 al 68 del expediente.

A las pruebas documentales relacionadas se les dará el valor probatorio que les corresponda en la sentencia. Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No. 1754** y se notifica en estrados conforme con el artículo 202 del CPACA. **SIN RECURSOS**

#### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN** (Minuto 25:45)

Considerando que las pruebas decretadas y requeridas para un pronunciamiento de fondo ya reposan en el expediente, se ordena dar traslado a las partes para que presenten sus **ALEGATOS CONCLUSIVOS** en un término máximo de **10 minutos de conformidad con el inciso final y el numeral 3 del artículo 179 y 182 numeral 1º de la Ley 1437 de 2011.**

La presente decisión se adopta mediante **Auto Interlocutorio No. 1755** y se notifica a las partes en estrados de conformidad con el artículo 202 del CPACA. **SIN RECURSOS.**

#### **INTERVENCIONES**

**PARTE DEMANDANTE:** Manifiesta que se ratifica en los hechos, pretensiones y argumentos señalados en la demanda (Minuto 26:22)

**En este momento se deja constancia que reingresa el apoderado de la demandada CREMIL.**

**PARTE DEMANDADA:** Manifiesta que se ratifica en los hechos y argumentos señalados en la contestación de la demanda y que aplicaron la normatividad vigente (Minuto 32:07)

Escuchados los alegatos de las partes y evidenciando que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el despacho a dictar la siguiente:

#### **SENTENCIA No. 218**

#### **ASUNTO A RESOLVER**

Procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia, dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de Carácter Laboral Expediente No. 2017-00256 propuesto por el señor SOLON LEÓN PÉREZ contra CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL (Minuto 34:30).

<sup>1</sup> Con número para contestar 0006501

### **TESIS DEL DEMANDANTE** (Minuto 34:30)

Considera que el acto demandado viola disposiciones constitucionales y legales, por cuanto al pasar a la asignación de retiro le fue reducido el porcentaje de prima de actividad que devengaba, y principalmente la contenida en el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, por falta de aplicación, cuando a partir del 1º de julio de 2007 reajustó la prima de actividad del 25% al 37.5%, cuando debió hacerlo en la misma proporción que la del militar en servicio activo correspondiente, es decir al 49.5% en atención al principio de oscilación con la finalidad de proteger el poder adquisitivo constante, conforme lo ha indicado el Consejo de Estado.

### **TESIS DE LA DEMANDADA** (Minuto 36:50)

La entidad accionada manifestó que las pretensiones solicitadas no tienen vocación de prosperidad por cuanto la prima de actividad se liquidó y reconoció al demandante conforme con las normas aplicables al retiro del servicio, con fundamento en el tiempo de servicio acreditado en su hoja de servicios. Indicó también que con fundamento en lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007 el porcentaje de la prima de actividad fue incrementado del 25% al 37.5%, con el fin de garantizar el poder adquisitivo de la asignación de retiro del hoy accionante.

### **IDENTIFICACIÓN DEL ACTO ENJUICIADO**

Se pretende la nulidad del acto administrativo consistente en el **Oficio No.211 Consecutivo 2017-6502 del 16 de febrero de 2017**, mediante el cual el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL niega la petición de reajuste de la asignación de retiro del accionante incrementando la prima de actividad hasta el porcentaje pedido de acuerdo al Decreto 2863 de 2007 afirmando que el aumento otorgado por esa norma le fue aplicado y viene siéndole cancelado desde el 1º de julio de 2007.

### **PROBLEMA JURÍDICO** (Minuto 37:50)

El problema jurídico consiste en establecer si el demandante en su condición de Suboficial (R) del Ejército Nacional, a quien se le reconoció asignación mensual de retiro antes del 1º de julio de 2007, tiene derecho a que la demandada CREMIL reajuste la prima de actividad como partida computable en su asignación de retiro en un 49,5% de conformidad con el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007.

### **ANÁLISIS DEL DESPACHO** (Minuto 38:27)

#### **Prima de actividad**

De tiempo atrás la prima de actividad se ha considerado como un derecho que tienen los miembros de la Fuerza Pública que se encuentren en **servicio activo** y corresponde a un porcentaje del sueldo básico que depende del tiempo de servicios. Dicho porcentaje empezó incrementándose paulatinamente; y después se incluyó dentro de las partidas de liquidación de la asignación de retiro y de pensión.

#### **Consagración de la prima de actividad para el personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares**

La prima de actividad para los suboficiales de las Fuerzas Militares (Ejército, Armada y Fuerza Aérea) fue establecida en el artículo 84<sup>2</sup> del **Decreto 1211 de 1990**, que a pesar de haber sido

---

<sup>2</sup> **ARTÍCULO 84. PRIMA DE ACTIVIDAD.** *Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que ser equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.*

derogado por el Decreto 2070 de 2003<sup>3</sup>, retomó su vigencia en virtud de la declaratoria de inexecutable de este último Decreto realizada por parte de la Corte Constitucional en la sentencia C-432 de 2004.

En relación con el cómputo de esta partida en la asignación de retiro del personal en comento, el Decreto 1211 de 1990, prevé en los artículos 158, 159 y 160 lo siguiente:

**"ARTICULO 158. LIQUIDACIÓN PRESTACIONES.** Al personal de Oficiales y Suboficiales **que sea retirado del servicio activo** bajo la vigencia de este estatuto, se le liquidarán las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas así:

- Sueldo básico.

- **Prima de actividad en los porcentajes previstos en este estatuto.**

- Prima de antigüedad.

- Prima de Estado Mayor, en las condiciones previstas en este estatuto.

- Duodécima parte de la prima de Navidad.

- Prima de vuelo en las condiciones establecidas en este Decreto.

- Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

- Subsidio familiar. En el caso de las asignaciones de retiro y pensiones, se liquidar conforme a lo dispuesto en el artículo 79 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

- Bonificación por compensación.

PARAGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este estatuto, ser computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales.

**ARTICULO 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 prestaciones sociales, la prima de actividad se les computar de la siguiente forma:

- Para individuos con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%).

- Para individuos con quince (15) o más de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%).

- Para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%).

- Para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).

Para individuos con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%)."

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

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

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

(Subrayas y Negrillas fuera de texto)

Posteriormente, con base en la **Ley 923 de 2004** "Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política", el Gobierno Nacional profirió el **Decreto 4433 del mismo año**, que estableció el régimen pensional y de

<sup>3</sup> "Por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares"

asignación de retiro del personal de la Fuerza Pública, que en uno de sus apartes señaló las partidas computables (art. 13) y el principio de oscilación de la asignación de retiro y la pensión (art. 42), manteniendo en ella la denominada prima de actividad.

Ahora bien, tanto la Ley 923, como el Decreto 4433, fueron expedidos por el Legislador para regular las situaciones producidas a partir de su vigencia, y no para regular derechos consolidados y reconocidos con anterioridad, tal como se infiere de sus artículos 7<sup>4</sup> y 2<sup>5</sup>, respectivamente, situación que no vulnera el principio de igualdad que asiste a los retirados bajo un régimen anterior, y los que se retiran en vigencia de las normas referidas, tal como lo expuso la H. Corte Constitucional en la Sentencia C-924 del 6 de septiembre de 2005, de la que se concluye que el establecimiento de un régimen prestacional posterior diferente al vigente hasta ese momento, que contemple prerrogativas más favorables hacia futuro, no vulnera el citado principio, dado que con ello se pretende asegurar la estabilidad del sistema jurídico, pues de no ser así, reinaría la más absoluta incertidumbre e inseguridad ante el desconocimiento de las leyes futuras que luego se habrían de aplicar a los hechos presentes y pasados.

Finalmente, el **Decreto 2863 de 27 de julio de 2007**, "*Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1515 de 2007 y se dictan otras disposiciones*", incrementó la prima de actividad para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en un 50% del sueldo básico, tanto para los activos como para los retirados con asignación de retiro o pensión de invalidez, reconocidas a partir del 1º de julio de 2007. Los artículos 2, 4, 6 y 7 del mencionado Decreto, señalan lo siguiente:

*"Artículo 2º. Modificar el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007 el cual quedará así:  
Incrementar en un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1º de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículos 84 del Decreto ley 1211 de 1990, 68 del Decreto ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto ley 1214 de 1990.  
Para el cómputo de esta prima en las prestaciones sociales, diferentes a la asignación de retiro o pensión, de que tratan los artículos 159 del Decreto ley 1211 de 1990 y 141 del Decreto ley 1212 de 1990, se ajustará el porcentaje a que se tenga derecho según el tiempo de servicio en el cincuenta por ciento (50%).*

*(...) Artículo 4º. En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los **Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro** o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional **obtenida antes del 1º de julio de 2007, tendrán derecho a que se les ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente**, por razón del incremento de que trata el artículo 2º del presente decreto que modifica el artículo 32 del Decreto 1515 de 2007.*

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

*(...) Artículo 6º. Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992 y en el artículo 5º de la Ley 923 de 2004. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.*

*Artículo 7º. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, modifica en lo pertinente el inciso tercero del parágrafo del artículo 2º y el artículo 32 del Decreto 1515 de*

<sup>4</sup> Artículo 7º. Vigencia. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

<sup>5</sup> Artículo 2º. Garantía de los derechos adquiridos. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares. Oficiales. Suboficiales. Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional. alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y Soldados de las Fuerzas Militares. o sus beneficiarios. que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para acceder a una asignación de retiro o a una pensión de invalidez. o a su sustitución. o a una pensión de sobrevivencia. conservarán todos los derechos. garantías. prerrogativas. servicios y beneficios adquiridos. conforme a normas anteriores.

2007 y las demás normas que le sean contrarias y surte efectos fiscales a partir del 1° de julio de 2007.”

Actualmente se encuentra vigente el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, que estableció que en virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro 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, entre otros, obtenida antes del 1° de julio de 2007, tienen derecho a que se les ajuste la prima de actividad en el mismo porcentaje que se incrementó al personal activo, esto es en un 50%.

#### **Límite constitucional y jurisprudencial del principio de oscilación.**

Al respecto, el H. Consejo de Estado<sup>6</sup> en sentencia de 25 de noviembre de 2014, al decidir una acción de tutela contra una sentencia judicial proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en segunda instancia, en un caso análogo, hizo las siguientes precisiones:

*“(…) De la lectura de las anteriores disposiciones se concluye claramente que el incremento de la prima de actividad tanto para el personal activo como para el retirado es del 50% y, que para los miembros activos de la Fuerza Pública dicho porcentaje se calcula sobre el sueldo básico [artículo 84 del Decreto 1211 de 1990].*

***Luego, si al personal activo se le liquida la prima de actividad de acuerdo con el salario básico y el rango, para el personal retirado ese factor salarial se liquidará de conformidad con el porcentaje que por ese concepto se reconoció en la asignación de retiro, sin que le sea posible al actor hacer otro tipo de interpretación.***

*Como se indicó en párrafos anteriores, al Sargento Segundo \* Luna Cervera se le liquidó la prima de actividad en la asignación de retiro de acuerdo con el artículo 141 del Decreto 1212 de 1990, es decir, que debido al tiempo de servicio obtuvo el 25% por ese concepto y, en ese sentido, el reajuste del 50% de que trata el Decreto 2863 de 2007 correspondió al 12.5%, para total del 37.5%, como lo realizó oficiosamente Casur y como lo concluyeron las autoridades judiciales demandadas.*

*(…) la Sala considera que en el caso sub examine la labor interpretativa realizada por las autoridades judiciales demandadas se encuentra debidamente sustentada y razonada y, en consecuencia, no es susceptible de ser calificada como en defecto sustantivo como pretende el actor, por cuanto la decisión de no decretar la nulidad del Oficio 5446 del 25 de agosto de 2011, que negó el reajuste de la prima de actividad del actor en el 41.5%, se fundamentó en un criterio jurídico admisible a la luz de la interpretación de las normas aplicables.*

***Se anota que no es posible aplicar el principio pro operario o de favorabilidad, por cuanto, en el presente caso, no existe duda alguna en relación con dos o más normas aplicables para la solución del problema jurídico planteado. Además, como se vio, la base sobre la que debe liquidarse el reajuste del 50% de la prima de actividad de que tratan los artículos 2º y 4 del Decreto 2863 de 2007 tienen el debido fundamento legal.***

(Resalto y subrayado fuera de texto).

La decisión antes mencionada fue objeto de apelación, y fue confirmada íntegramente por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia del 5 de marzo de 2015, C.P. LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ, por considerar:

***“(…) que las autoridades judiciales accionadas realizaron una labor interpretativa debidamente sustentada y razonada al indicar que al accionante se le liquidó en la asignación de retiro un 25% por concepto de “prima de actividad” de conformidad con el tiempo de servicio establecido***

<sup>6</sup> Consejo de Estado. Sección Cuarta. Tutela contra sentencia judicial. Fallo de 25 de noviembre de 2014. Radicación número: 11001-03-15-000-2014-02657-00(AC). C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia. Actor: José Rómulo Luna Cervera. Demandado: Juzgado Diecisiete Administrativo de Descongestión de Bogotá y la Sala de Descongestión de la Sección Segunda, Subsección “F” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

en el artículo 141 del Decreto 1212 de 1990, la cual se ajustó en un 50% de acuerdo al principio de oscilación dispuesto en el artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, correspondiente a un 12.5%, que computado al 25% de "prima de actividad" ya reconocida, arroja un porcentaje del 37.5%, por lo que, no se configura el defecto sustantivo alegado por el accionante.  
(Negrillas fuera de texto)

De acuerdo con lo expuesto, se concluye que la prima de actividad y el aumento que se hizo en virtud del Decreto 2863 de 2007, **fue un aumento porcentual equivalente al 50% de lo que cada retirado tiene reconocido**, y que el artículo 2º aplica con exclusividad para el personal activo y el artículo 4º para el personal retirado, es decir, que la **prima de actividad** para el personal activo pasó de representar un 33% del sueldo básico previsto en el artículo 84 del Decreto Ley 1211 de 1990, a un 49.5% por virtud del artículo 2º del Decreto 2863 de 2007; ahora, **al personal retirado, por disposición del artículo 4º del Decreto 2863 de 2007, le aumentó en un 50% del porcentaje que ya devengaba según el tiempo de servicio.**

Además, se tiene que el H. Consejo de Estado ha venido reiterando hasta la actualidad, que el principio de oscilación previsto para las asignaciones de retiro de la Fuerza Pública, no implica que toda situación o asignación que se devengue en el **servicio activo tenga que ser computada a la asignación de retiro**, ya que para éstas se tienen preceptos normativos que indican los factores que deben tenerse en cuenta para su liquidación<sup>7</sup>.

Por tanto, para el Despacho el aumento porcentual de las asignaciones de retiro reconocidas con anterioridad al 1º de julio de 2007 debe hacerse de conformidad con la siguiente escala:

Rango por Años de Servicios	Porcentaje Liquidado	Incremento Decreto 2863 de 2007		Porcentaje Reajustado a partir de 1º de Julio de 2007
		%	puntos	
Con menos de 15 años	15%	50%	7.5%	22.5%
Entre 15 a 19 años	20%	50%	10%	30%
<b>Entre 20 hasta 24 años</b>	<b>25%</b>	<b>50%</b>	<b>12.5%</b>	<b>37.5%</b>
Entre 25 a 29 años	30%	50%	15.0%	45.0%
Con 30 años o Más	33%	50%	16.5%	49.5%

#### CASO CONCRETO (Minuto 52:00)

En el asunto en estudio, se encuentra probado que la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, mediante **Resolución No.2842 del 20 de septiembre de 1973** reconoció al señor SOLON LEÓN PÉREZ, en su calidad de Sargento Primero (R) del Ejército Nacional, una asignación mensual de retiro equivalente al 85% del sueldo de actividad para el grado y demás partidas computables, efectiva a partir del 16 de octubre de 1973, teniendo en cuenta que prestó 21 años 11 meses y 23 días de servicio a esa institución (conforme a la hoja de servicios militares visible a folios 4-5 y 47-48), y le fijó igualmente la prima de actividad en un 15% (fls.6 y 62).

A través de petición radicada bajo el consecutivo No.20170007197 del 7 de febrero de 2017, el actor solicitó a la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, el reajuste de la prima de actividad computada en la asignación de retiro que le fue reconocida, con base en la devengada en actividad a partir de 2005, y en el 49.5% del sueldo básico, a partir del 1º de julio de 2007, conforme al Decreto 2863 de 2007 (fl.2 y 66).

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad demandada resolvió desfavorablemente dicha petición, a través del **Oficio No.211 Consecutivo 2017-6502 del 16 de febrero de 2017**, objeto de la solicitud de nulidad que ahora se estudia, expresándole que la asignación de retiro

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A". Nulidad y restablecimiento del derecho. Sentencia de 15 de marzo de 2001. Radicación número: 250002325000192901(1650-00). C.P. Alberto Arango Mantilla. Actor: Guillermo Camelo Caldas. Demandado: CREMIL.

fue reconocida conforme a lo preceptuado en las normas vigentes para la fecha de su retiro y teniendo en cuenta el tiempo de servicios prestado, y; que en virtud del Decreto 2863 de 2007, el gobierno autorizó el incremento del 50% de la prima de actividad y por ende se le viene pagando en 37.5% a partir del 1° de julio de 2007 (fl.3 y 67 vto.-68).

El porcentaje en el que inicialmente se reconoció la prima de actividad como partida computable en la asignación de retiro del demandante fue 15%, pero teniendo en cuenta el tiempo de servicios prestados, 21 años 11 meses y 23 días<sup>8</sup>, pero se le aplicó el 25% de acuerdo con la norma posterior y más favorable aplicable con posterioridad al reconocimiento de la asignación<sup>9</sup>. Por lo anterior, una vez efectuado el incremento de que trata el Decreto 2863 de 2007, quedó en el 37.5% que es lo que se le ha venido cancelando según se observa de la respuesta de la entidad y de las manifestaciones del accionante.

Conviene precisar, que no le asiste razón a la parte actora cuando solicita la declaratoria de nulidad del acto administrativo controvertido, por contemplar porcentajes diferentes a los establecidos para el personal en actividad, para liquidar la prima de actividad como partida computable en la asignación de retiro, y al señalar que en atención al principio de igualdad y de oscilación, su asignación de retiro debe ser reajustada teniendo en cuenta todas las variaciones que surjan respecto de la asignación que percibe el personal activo de las Fuerzas Militares, toda vez que, como se expuso líneas atrás, cada una de esas asignaciones (en retiro, y en actividad) tienen preceptos normativos que indican los factores que deben tenerse en cuenta para su liquidación<sup>10</sup>, lo cual no vulnera el principio de igualdad, como lo ha sostenido la H. Corte Constitucional<sup>11</sup>.

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007, el demandante tiene derecho a que se le reajuste la prima de actividad en un 50%, para efectos de la liquidación de su asignación de retiro, a partir del 1° de julio de 2007, pero esto solo **sobre el porcentaje que tenía reconocido para esta prima de actividad.**

Resalta el Despacho que, se debe tener en cuenta el tiempo de servicio y el porcentaje reconocido al momento de la adquisición del status, toda vez que de acuerdo a éstos es que se ajusta la prima de actividad en un 50%, ya que **dicho ajuste tiene lugar respecto de la proporción reconocida al actor cuando consolidó su derecho.** Para el caso *sub examine* como el porcentaje reconocido como prima de actividad que venía devengando fue el 25% del sueldo básico, dicho porcentaje se aumenta en el 12.5% que corresponde al 50% de lo reconocido.

Por lo anterior, es claro que la entidad demandada no desconoció el reajuste de la prima de actividad previsto en el Decreto 2863 de 2007, sino por el contrario acató y aplicó la norma; posición reiterada en múltiples pronunciamientos del H. Consejo de Estado siendo el más reciente la ponencia del Consejero CÉSAR PALOMINO CORTÉS del 14 de junio de 2018, en el que se concluyó:

<sup>8</sup> Conforme a la hoja de servicios visible a folios 4-5 y 47-48.

<sup>9</sup> DECRETO 89 DE 1984 Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares: (...) Artículo 152. *Computo 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%).*

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A". Nulidad y restablecimiento del derecho. Sentencia de 15 de marzo de 2001. Radicación número: 250002325000192901(1650-00). C.P. Alberto Arango Mantilla. Actor: Guillermo Camelo Caldas. Demandado: CREMIL.

<sup>11</sup> Corte Constitucional Sentencia C-924 del 6 de septiembre de 2005.

“Para la Sala, cuando el artículo 4º del Decreto 2863 del 2007 señala el derecho de ajuste en el mismo porcentaje en que se haya ajustado el del activo correspondiente, al remitirse al artículo 2º del mismo decreto se refiere en concreto al porcentaje del 50% y **no al resultado de aplicar el 50% al 33% de que trata el artículo 84 del Decreto 1211 de 1990**. 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. Conforme a lo establecido en los artículos 2 y 4 del Decreto 2768 de 2007, en el cual se dispuso que los Oficiales y suboficiales con asignación de retiro reconocida por las Fuerzas Militares, tienen derecho a que se les reajuste la prima de actividad en el mismo porcentaje en que se haya ajustado al del activo correspondiente, lo que significa que se debe aplicar el 50% del incremento del porcentaje de la prima de activada que percibe como retirado, conforme así lo ha venido realizando la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares desde el 1 de julio de 2007, conforme se encontró probado. Así las cosas, estima la Sala que si bien el demandante tiene derecho a que se le reconozca dentro de la asignación de retiro, el aumento de la prima de actividad en el porcentaje establecido en el Decreto 2863 de 2007, también lo es, que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares realizó el reajuste ordenando por dicha disposición normativa, circunstancia por la cual no es procedente acceder a lo solicitado en la demanda.”<sup>12</sup>

(Negrillas y subrayas del Despacho)

En ese sentido, nota el Despacho que CREMIL viene cancelando al accionante el porcentaje correspondiente de prima de actividad según se determinó del tiempo de servicios prestados (21 años 11 meses 23 días para un equivalente del 25%), y efectuó el reajuste de la prima de actividad para efectos de la liquidación de la asignación de retiro, de conformidad con las normas vigentes, y en la proporción correcta, esto es 37.5%, razón suficiente para negar las pretensiones de la demanda.

## COSTAS

El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que “Salvo en los procesos 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”.

Así también el numeral 4º del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: “Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas....”.

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso<sup>13</sup>, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: “La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. sentencia del catorce (14) de junio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-25-000-2012-01653-01(1762-17). Actor: Ramón Salazar Parada. Demandado: Caja de Retiro de las Fuerzas Militares

<sup>13</sup> Cfr. La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra. (Negrillas del Despacho)

Ahora bien, el Consejo de Estado<sup>14</sup> ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

*“Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.*

*Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil*

*Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley”*

*Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>><sup>15</sup>”*

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, en tanto no se han comprobado las mismas.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE** (Minuto 01:02:30)

**PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda** de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

**SEGUNDO.- NO CONDENAR EN COSTAS**, conforme a lo expuesto en precedencia por no aparecer probadas.

**TERCERO.-** Una vez en firme esta sentencia **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si lo hubiere y, **ARCHÍVENSE** las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

LA PRESENTE DECISIÓN QUEDA NOTIFICADA POR ESTRADOS, DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 202 DEL CPACA Y CONTRA LA MISMA PROCEDE EL RECURSO DE APELACIÓN CONFORME EL ARTÍCULO 243 DEL CPACA.

De la sentencia se corre traslado a las partes:

**Parte demandante:** Presenta recurso que sustentara en oportunidad.

**Parte demandada:** Sin recurso. Y aporta constancia del comité de conciliación con la posición de la entidad sobre la presente.

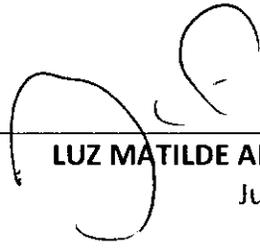
Se verifica que ha quedado debidamente grabado el audio y video y que hará parte de la

<sup>14</sup> Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

<sup>15</sup> Cfr. las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nro. 20616 y 20389, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.

presente acta. No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se da por terminada siendo las 09:50 de la mañana y se firma por quienes intervinieron en ella.

**FIRMAS,**



---

**LUZ MATILDE ADAIME CABRERA**  
Juez



---

**CLAUDIA TATIANA QUEVEDO LEAL**  
Apoderada parte demandante



---

**GIMY ANDRÉS ERASO BURBANO**  
Apoderado parte demandada



---

**NATALY BONELL**  
Profesional