



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO 25 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA - ORAL

Bogotá D.C., diez (10) de junio de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO No.:	11001-33-35-025-2020-00258-00
DEMANDANTE:	TULIO GARNICA
DEMANDADO(A):	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

De conformidad con lo previsto en el artículo 182 A del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y no avizorando causal que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir la **SENTENCIA** que en derecho corresponda, conforme con lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

A

1.1. Pretensiones.

El señor **TULIO GARNICA**, pretende que, a través del procedimiento previsto para este medio de control, se declare la nulidad del Oficio No. **OFICIO N° 690 CONSECUTIVO 97271 CREMIL 20442455, del 13/11/2019**, mediante el cual la se negó cómputo de la Prima de Actividad, la Reliquidación y el correspondiente reajuste de la asignación de retiro.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó se condene a la entidad demandada a reliquidar y reajustar la prima de actividad en la asignación de retiro a partir del 01 de julio de 2007, en el mismo monto o proporción en que se le reajuste la asignación del militar activo correspondiente a su mismo grado, aplicando el principio de oscilación, a partir del 01 de julio de 2007. Así mismo, se ordene dar cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 187, 192 y 195 del CPACA, se ordene la indexación desde el 1 de julio de 2007 hasta la fecha de retiro y a las costas y agencias en derecho.

1.2. Fundamentos fácticos.

Los hechos y omisiones en que se apoyan las anteriores declaraciones y condenas se resumen de la siguiente manera:

- El actor prestó sus servicios por más de 20 años al Ejército Nacional.
- Mediante Resolución núm. 1138 del 21 de julio de 1994, la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL" le reconoció la Asignación de Retiro a partir del **1° DE MAYO DE 1994**, en cuantía del **74%** de su asignación básica, esto es con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 2863 de 2007, liquidando la prima de actividad como factor computable en un **25%**, respecto de su salario básico
- Que el Decreto 2863 de 2007, el cual entró en vigencia e 27 de julio de 2007, incrementó el porcentaje de la prima de actividad y A partir del 01 de julio de 2007, Cremil reajustó la asignación de retiro del 25% al 37.5% de la asignación básica, debiendo ser en el mismo monto o proporción en que se ajustó al personal activo (16,5%).

1.3. Normas trasgredidas y concepto de violación.

Considera la parte demandante como violadas las siguientes disposiciones:

Constitucionales: artículos 1, 2, 4, 5, 6. 9 25, 29, 53 83, 93, 209 y 228. de la Constitución Política.

- La Convención Americana de Derechos Humanos la Cual fue aprobada en el orden interno mediante la Ley 16 de 1972.

-Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", aprobada mediante Ley 319 de 1996.

-Los Convenios 95, 100 y 111 de la OIT, sobre la protección del salario 1949, igualdad de remuneracion1951 y discriminación en materia de empleo 1958.

-Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica.

Legales y reglamentarias:

Ley 16 de 1972

Ley 4° de 1992

Ley 319 de 1996

Ley 923 de 2004

Decreto 1211 de 1990

Decreto 4433 de 2004

Decreto 2863 de 2007 – Art. 2°

Decreto 2863 de 2007 – Art. 4°

El concepto de violación normativa y los cargos de nulidad en contra de la actuación demandada fueron formulados por el apoderado de la parte actora a folios 2 a 5 del expediente.

Manifestó que la accionada al negar el reajuste y la reliquidación en la asignación de retiro del actor, incluyendo el reajuste en la prima de actividad a partir del año 2007 (ante la expedición del decreto 2863 de 2007), desconoce su naturaleza salarial y legal; su naturaleza salarial en cuanto a que, se origina por ser un pago que se retribuye directamente en su asignación de retiro con motivo de haber prestado sus servicios a la patria por más de 20 años; el cual CREMIL, no reconoció ni reajusto conforme a lo ordenado en los arts. 2° y 4° del decreto 2863 de 2007 a partir del mes de julio de 2007.

Sostuvo, que al negar la inclusión del porcentaje correspondiente al reajuste ordenado en el decreto 2863 de 2007 en la prima de actividad; le está negando también, el computo como factor salarial para el reajuste y la reliquidación de la asignación de retiro, dado que ello afecta la base salarial para liquidar su pensión, por ende le está quitando el carácter retributivo al trabajo que devenga, impidiendo el mejoramiento de sus condiciones económicas dada la pérdida del poder adquisitivo de sus salarios y que fue la razón por la cual el alto gobierno suscribió el la ley 4ª de 1992, normatividad que busco nivelar la remuneración del personal activo y retirado de la fuerza pública y compensar la pérdida económica a toda la población beneficiaria de dichas instituciones.

Argumentó, que el ajuste de la prima de actividad como factor computable en la asignación de retiro, conforme el Decreto 2863 de 2007, debe realizarse no con base en “el porcentaje devengado en la asignación de retiro”, sino que el aumento del 50% (ordenado), debió hacerlo respecto del porcentaje establecido en el Decreto 1211 es decir en un 16,5%, pues el fin propuesto por el Gobierno N.acional mediante

decreto 2863 de 2007 fue compensar, de alguna manera, estos desfases entre lo devengado por concepto de prima de actividad en servicio activo y el porcentaje reconocidos en la respectivo pensión o asignación de retiro.

Indicó que la entidad demanda interpreto y aplico de forma equivocada el artículo 4 del decreto 2863 de 2007, al no haber reajustado la prima en el mismo porcentaje que le fue ajustado a los activos y en su defecto aplico lo previsto en el acápite dos del articulo 2 del citado decreto, norma que hizo la suficiente claridad y que excluye precisamente a las prestaciones sociales asignación de retiro y pensión, para las cuales no se debe tener en cuenta el tiempo de servicio y precisamente fue lo que tuvo en cuenta y aplico la entidad demanda, incurriendo en la violación de dicha norma

1.4. Contestación de la demanda.

La **Caja de Retiro de las Fuerzas Militares** contestó la demanda indicando que en el presente caso se configura la cosa juzgada en atención a que el demandante **Tulio Garnica** fue parte interviniente dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en el que solicitó reajustar en un porcentaje la prima de actividad que se le viene reconociendo en la asignación de retiro, proceso que cursó en el Juzgado Veintitrés Administrativo del Circuito de Bogotá con radicado 11001333190120080040000. En atención a ello considera que hace el actor iniciar un nuevo proceso con las mismas pretensiones.

Que al demandante en el reconocimiento de la asignación de retiro se le computó la prima de actividad en un porcentaje del 25% en aplicación del artículo 159 del Decreto 1211 de 1990 que establece la forma como debe ser reconocida la prima de actividad, señalando que para individuos con 20 o más años de servicio, pero menos del 25 el porcentaje de prima de actividad corresponde al 25%, porcentaje efectivamente reconocido al demandante.

Sostuvo que Para garantizar el poder adquisitivo de las mesadas pensionales de los miembros de las fuerzas militares en retiro, se contempló un aumento del porcentaje de la partida computable de prima de actividad, tomando como punto de referencia lo devengado por los militares en actividad en los porcentajes plenamente establecidos en la norma, en este aspecto el Decreto 2863 de 2007 que modificó el Decreto 1515 de 2007, en su artículo 2 dispuso un incremento de la prima de

actividad que venían devengando los miembros en servicio activo equivalente al 50% de lo devengado por todo concepto a partir del 01 de julio de 2007, equiparando el porcentaje en que debe equipararse la prima de actividad entre los miembros activos y los retirados, pero sin establecer una equivalencia en el monto base de dicha liquidación como equivocadamente asume el demandante, pues la normativa para liquidar la asignación de retiro descrita no fue modificada por la norma en comento.

Adujo que, si de coteja lo dispuesto por el Decreto 2863 de 2007 y el incremento aplicado a la asignación de retiro que disfruta el demandante se encuentra correspondencia entre lo dispuesto por la norma y la decisión de Cremil, pues a esta le correspondía hacer un incremento del 50% al porcentaje base para su liquidación, pasando del 25% al 37.5%, con el fin de garantizar el poder adquisitivo de la asignación de retiro.

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida por auto de 21 de septiembre de 2020 [p. 52 pdf], y debidamente notificada a la entidad demandada, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público.

Mediante auto calendado el 26 de abril de 2021, se anunció sentencia anticipada de conformidad con el CPACA, se incorporaron las pruebas documentales y se ordenó correr traslado a las partes alegato de conclusión [p. 129 pdf].

III. PRUEBAS OBRANTES EN EL PROCESO

Fueron solicitadas, decretadas y legalmente incorporadas, las siguientes:

3.1. Por la parte demandante:

- a.** Resolución núm. 00036 del 18 de enero de 1994, mediante la cual se retira del servicio al actor (fl. 31 pdf).
- b.** Resolución 1138 del 21 de julio de 1994, mediante la cual se le reconoce la asignación de retiro del actor (fl. 33 pdf).

- c. Petición del 24 de octubre de 2019, por medio de la cual se solicita el reconocimiento del incremento de la prima de actividad en a la asignación de retiro (fl 36 pdf)
- d. Oficio N° 690 consecutivo 97271 CREMIL 20442455, del 13/11/2019, mediante el cual la se negó cómputo de la Prima de Actividad (fl. 41 pdf).
- e. Liquidación de servicios del actor (fl. 44 pdf).
- f. Oficio 2019317225811 del 13 de noviembre de 2019, mediante el cual el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional resuelve una petición al actor (fl. 46 pdf).
- g. Copia del cuadernillo de reconocimiento de asignación de retiro allegado por la accionada (fl. 72 y ss pdf).
- h. Sentencia proferida por el Juzgado 23 Administrativo de Bogotá el 25 de junio de 2010, dentro del proceso con radicado 2018-00400 (fl. 77 pdf).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante: presentó sus alegatos de conclusión oponiéndose a la prosperidad de la cosa juzgada propuesta por la accionada por cuanto no existe identidad de objeto.

Sostuvo que de conformidad con el art 4º del decreto 2863 de 2007, el incremento de la prima de actividad que corresponde al personal retirado de las Fuerzas Militares es del 16.5%, pues este no fue condicionado al tiempo de servicios, como si ocurrió con el porcentaje que por concepto de prima de actividad fue reconocido inicialmente para otras prestaciones distintas a la asignación de retiro.

Que el ajuste a la partida computable denominada “prima de actividad” como parte integrante de la asignación de retiro consagrada en el decreto 2863 de 2007, para las asignaciones obtenidas antes del 1 de julio de 2007 correspondiente al 50% del porcentaje establecido en el artículo 84 del decreto 1211 de 1990, y dado que este artículo es aplicable al personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, que señala una prima de actividad para el personal activo equivalente al 33% del respectivo sueldo básico; entonces debe entenderse que el ajuste del 50% es sobre ese 33% lo cual corresponde a un 16,5%, y no del 12,5% como erróneamente le ajusto la entidad demandada.

Trajo a colación la sentencia de TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE QUINDIO, Magistrado ponente: Dr. ALEJANDRO LONDOÑO JARAMILLO, de fecha Julio Trece (13) de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 630013333754-201400094-01, Actor: REINALDO ANTONIO VELANDIA BONILLA, Demandado: CAJA DERETIRODE LAS FUERZAS MILITARES, entre otras.

4.2. Parte demandada

Presentó sus alegatos de conclusión indicando que el principio de oscilación contemplado en el Art. 42 del Decreto 4433 de 2004 tiene por objeto que el reajuste de la asignación de retiro sea igual al aumento de las asignaciones de actividad de cada grado, es decir, establece la relación de igualdad entre la asignación de retiro y la remuneración del personal activo para que el incremento de los dos conceptos sea el mismo, situación que es bien distinta a la analizada por el demandante que refiere la aplicación de este principio entre asignaciones de retiro adquiridas en regímenes diferentes en aspectos como la base de liquidación, la cual no es susceptible de este principio.

Indicó, que el Principio de oscilación no implica que se modifique el porcentaje de liquidación de la Prima de Actividad, sino que al ya porcentaje reconocido se aplica al valor de la Prima de Actividad que estuviere devengando el personal en servicio activo.

Concluyó indicando que la prima de actividad se liquida conforme al Estatuto vigente para la fecha del retiro efectivo del personal y en la forma que aquél determine expresamente, razón por la cual en el sub judice no es aplicable la normativa aludida por el recurrente y que ha quedado plenamente establecido que el demandante adquirió el derecho a percibir la asignación de retiro de conformidad a la norma vigente para la fecha de su retiro del servicio – Decreto 1211 de 1990-, incluyendo los porcentajes establecidos, lo que significa que tales aspectos no pueden ser desconocidos, ni modificados por las nuevas regulaciones que indefinidamente introduzcan posteriores estatutos del personal en relación con las asignaciones de retiro, pues ello llevaría a desconocer el principio de la inescindibilidad de la ley, que prohíbe dentro de una sana hermenéutica fraccionar las normas legales, rompiendo de tal manera el principio de la seguridad jurídica. Otra cosa es que la asignación de retiro se vea incrementada anualmente en virtud de los aumentos decretados por el gobierno nacional para el personal en actividad, evento en el cual tiene aplicación

el principio de oscilación atendiendo a la condición más beneficiosa para el servidor como lo ha sostenido el H. Consejo de Estado

V. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Este Despacho es competente para decidir el asunto en primera instancia, por razón de la naturaleza de la acción, la tipología del medio de control, la cuantía y el factor territorial, de acuerdo con lo normado por los artículos 155, 156 y 157 del CPACA

Por consiguiente, sin que se advierta o evidencie causal alguna de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, procede este Juzgado a proferir la sentencia que en derecho corresponda.

5.2. Problema jurídico.

El litigio consiste en establecer si el demandante tiene derecho a que la Caja de retiro de las Fuerzas Militares le reajuste la prima de actividad de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007 y le reliquide la asignación de retiro.

Cuestión previa

- De la cosa Juzgada

Manifestó la accionada con la contestación de la demanda que el demandante ya había adelantado proceso de nulidad y restablecimiento pretendiendo lo que aquí se debate y como sustento de ello allegó la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Administrativo de Bogotá el 25 de junio de 2010, dentro del proceso con radicado 2018-00400.

El artículo 303 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del 306 del CPACA, sobre la cosa juzgada regula:

ARTÍCULO 303. COSA JUZGADA. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión.

Dichos elementos, refieren a las siguientes nociones de equivalencia o similitud entre dos procesos, así:

*“- **Identidad de objeto**, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.*

*- **Identidad de causa petendi** (eadem causa petendi), es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito (sic) a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.*

*- **Identidad de partes**, es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada (...).”¹*

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-522 de 2009 precisó que «la cosa juzgada es una cualidad inherente a las sentencias ejecutoriadas, por la cual aquéllas resultan inmutables, inimpugnables y obligatorias, lo que hace que el asunto sobre el cual ellas deciden no pueda volver a debatirse en el futuro, ni dentro del mismo proceso, ni dentro de otro entre las mismas partes y que persiga igual objeto»²

El Consejo de Estado también ha tenido la oportunidad³ de pronunciarse sobre ese fenómeno indicando:

9.3.1 La cosa juzgada

¹ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-774 de 2001.

² Corte Constitucional. Sentencia C-522 de 2009. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla

³ Sentencia del dieciocho (18) de noviembre de dos mil veinte (2020), radicado 25000-23-25-000-2012-01576-02(4978-19)

La cosa juzgada es una institución jurídico procesal en virtud de la cual las decisiones contenidas en una sentencia y otras providencias judiciales tienen el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas, ello con la finalidad de lograr la terminación definitiva de controversias, en aras de buscar la seguridad jurídica.⁴

Al respecto, esta corporación ha sostenido lo siguiente⁵:

El concepto de cosa juzgada, tal cual lo ha sostenido la Sala en forma reiterada, hace referencia al carácter imperativo e inmutable de las decisiones que han adquirido firmeza, lo cual implica de suyo la imposibilidad de volver sobre asuntos ya juzgados, para introducir en ellos variaciones o modificaciones mediante la adopción de una nueva providencia. En ese orden de ideas, **resulta factible predicar la existencia del fenómeno de la cosa juzgada, cuando llega al conocimiento de la jurisdicción un nuevo proceso con identidad jurídica de partes, causa y objeto** [Negrilla fuera del texto].

A su turno, la Corte Constitucional en sentencia C-522 de 2009 precisó que «la cosa juzgada es una cualidad inherente a las sentencias ejecutoriadas, por la cual aquéllas resultan inmutables, inimpugnables y obligatorias, lo que hace que **el asunto sobre el cual ellas deciden no pueda volver a debatirse en el futuro**, ni dentro del mismo proceso, ni dentro de otro **entre las mismas partes y que persiga igual objeto**»⁶ [Negrilla fuera del texto].

Por su parte, en relación con el alcance y los efectos de la cosa juzgada, el tratadista Hernando Devis Echandía precisó:

[...] En materia civil, laboral y contencioso-administrativo, no significa la cosa juzgada que la parte favorecida adquiera esa certeza definitiva e inmutable frente a todo el mundo, porque su fuerza vinculativa se limita a quienes fueron partes iniciales e intervinientes en el proceso en que se dictó y a sus causahabientes. Es el efecto relativo de la cosa juzgada, que todas las legislaciones aceptan como norma general y que sólo tiene limitadas excepciones para los casos en que expresamente la ley le otorga valor *erga omnes* [...]⁷.

Así pues, el artículo 175 del CCA, consagró esta figura de la siguiente manera:

ARTICULO 175. COSA JUZGADA. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada "erga omnes".

La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada "erga omnes" pero sólo en relación con la "causa petendi" juzgada.

La sentencia dictada en procesos relativos a contratos y de reparación directa y cumplimiento, producirá cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes; la proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor.

Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo intendencial, comisarial, distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente los decretos reglamentarios.

De lo expuesto se infiere que la cosa juzgada imposibilita al juez de conocimiento para que emita nuevos pronunciamientos sobre el mismo asunto, excepto, en tratándose de sentencias denegatorias, donde el efecto *erga omnes* siempre se restringe a la *causa*

⁴ En este sentido ver entre otras, la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda del 28 de febrero de 2013, radicación: 11001-03-25-000-2007-00116-00 (2229-07).

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 5 de marzo de 2009, radicación número: 11001-03-24-000-2004-00262-01, M.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-522 de 2009. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla

⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal Teoría General del Proceso Tomo I, Ed. Biblioteca Jurídica Diké, 13 ed, 1994. p 498.

petendi juzgada, en concordancia con el principio rogativo del derecho en la jurisdicción de lo contencioso administrativo⁸.

De ese modo, para determinar si en el caso analizado se presenta el fenómeno de la cosa juzgada, es preciso verificar si el litigio planteado ya fue resuelto por el juez de lo contencioso administrativo, para lo cual deberá evidenciarse que entre ambos procesos, exista identidad jurídica de partes, objeto y causa.

- a) **Identidad de partes:** Al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculados y obligados.
- b) **Identidad de objeto:** Deben versar sobre la misma pretensión, es decir, la demanda debe referirse a la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica.
- c) **Identidad de causa *petendi*:** La demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos que le sirven de sustento. De presentarse nuevos elementos, al juez solamente le está dado analizar los nuevos supuestos.

En el presente se presenta una identidad de partes pues en el proceso ventilado en el Juzgado 23 Administrativo fingió como demandante el aquí actor **TULIO GARNICA**.

En cuanto a la identidad de objeto y de causa *petendi*, si bien es cierto el debate en los dos procesos objeto de análisis tienen su Génesis en la prima de actividad, también lo es que en el proceso ventilado en el Juzgado 23 Administrativo se pretendió la reliquidación y reajuste de la prima de actividad en virtud del Decreto 2070 de 2003; por su parte en el presente caso, se pretende el reajuste de la prima de actividad pero con sustento en lo dispuesto en el Decreto 2863 de 2007, norma que no fue objeto de pronunciamiento y debate en el proceso ventilado en el Juzgado 23 Administrativo del Circuito de Bogotá, razón por la cual se descarta la configuración de la cosa juzgada.

5.4. Normativa aplicable.

En virtud de la Ley 7ª de 1970, «*por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias, pro t mpore, para reorganizar el Ministerio de Defensa Nacional y las entidades adscritas o vinculadas a éste, modificar las normas que regulan la carrera del personal al servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, y las remuneraciones y prestaciones sociales de dicho personal*», el Gobierno Nacional emitió el Decreto 2337 de 1971, que en lo atañedor a la prima de actividad, dispuso:

⁸ La justicia es rogada cuando el juez está obligado a decidir única y exclusivamente lo que el actor o el demandado hayan solicitado en sus respectivos escritos.

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 (1 ½%) por cada año de servicio cumplido el grado respectivo, sin que exceda del treinta y seis por ciento (36%).

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:

[...]

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 hijos 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 del quince por ciento (15%) del sueldo básico correspondiente a su grado**, doceava parte de la prima de navidad, prima de vuela 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 Decreto. (Negrillas fuera de texto)

Por su parte, el Decreto 612 de 1977, «*por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares*», estableció:

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

[...]

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, liquidado conforme a lo dispuesto en el artículo 66 de este estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase del 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.

Posteriormente, el Decreto 89 de 1984 en lo concerniente a la prima de actividad prescribió:

Artículo 80. – *Prima de Actividad*. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo, tendrán derecho a una prima mensual de actividad que será equivalente al treinta y tres por ciento (33%) del respectivo sueldo básico.

[...]

Artículo 151.- *Liquidación prestaciones.* Al personal de Oficiales y Suboficiales que sea retirado del servicio activo bajo la vigencia de este Estatuto, se le liquidará las prestaciones sociales sobre las siguientes partidas, así:

[...]

b) ASIGNACIONES DE RETIRO Y PENSIONES, sobre:

- Sueldo básico.
- Prima de actividad en los porcentajes previstos en este Estatuto.
- Prima de antigüedad.
- Prima de Estado Mayor, en las condiciones indicadas en este Estatuto.
- 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,
- Subsidio familiar, liquidado conforme a lo dispuesto en el artículo 75 de este Estatuto, sin que el total por este concepto sobrepase el cuarenta y siete por ciento (47%) del respectivo sueldo básico.

PARÁGRAFO.- Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios, bonificaciones y compensaciones consagradas en este Estatuto, será computable para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensiones, situaciones pensionales y demás prestaciones sociales.

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

- Para individuos con menos de quince (15) años de servicio, el quince por ciento (15%).
- Para individuos con quince (15) o más años de servicio, pero menos de veinte (20), el veinte por ciento (20%).
- Para individuos con veinte (20) o más años de servicio, pero menos de veinticinco (25), el veinticinco por ciento (25%).
- Para individuos con veinticinco (25) o más años de servicio, pero menos de treinta (30), el treinta por ciento (30%).
- Para individuos con treinta (30) o más años de servicio, el treinta y tres por ciento (33%).

Finalmente, el Decreto 1211 de 1990, a través del cual se reformó de nuevo el estatuto de carrera de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares y se derogó el Decreto 95 de 1989, también establece que para liquidar las prestaciones sociales unitarias y periódicas se debe tener en cuenta la prima de actividad; dispuso lo siguiente:

Artículo 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.

Parágrafo. 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.

Artículo 159. Cómputo prima de actividad. A los Oficiales y Suboficiales que se retiren o sean retirados del servicio activo a partir de la vigencia del presente Decreto, para efectos de asignación de retiro, pensión y demás 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%).

Parágrafo. 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.

Luego, fue expedido el Decreto 2070 de 2003, por medio del cual el presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 17 (numeral 3) de la Ley 797 de 2003, sin embargo, este fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional a través de sentencia C-432 de 6 de mayo de 2004, como consecuencia, cobró de nuevo vigencia, entre otros decretos, el 1211 de 1990.

Mediante la Ley 923 de 2004, se fijaron las directrices para que el Gobierno nacional estableciera “*el régimen de la asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública*” y en desarrollo de esta se emitió el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004, a través del cual, se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, que en su artículo 23 consagró las partidas computables que se deben tener en cuenta para el reconocimiento, entre otras prestaciones, de la asignación de retiro a los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, en los siguientes términos:

“La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

23.1 Oficiales y Suboficiales:

23.1.1 Sueldo básico.

23.1.2 Prima de actividad.

23.1.3 Prima de antigüedad.

23.1.4 Prima de estado mayor.

23.1.5 Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 60 del presente Decreto.

23.1.6 Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.

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

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

23.2 Soldados Profesionales:

23.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1o del Decreto-ley 1794 de 2000.

23.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.”

No obstante, lo anterior, el presidente de la República, en *desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4ª de 1992 y la Ley 923 de 2004*, dictó 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*, cuyos artículos 2 y 4, prescriben:

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 1º de julio de 2007, el porcentaje de la prima de actividad de que tratan los artículo 84 del Decreto ley 1211 de 1990, 68 del Decreto ley 1212 de 1990 y 38 del Decreto 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 4. En virtud del principio de oscilación de la asignación de retiro y pensión dispuesto en el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional con asignación de retiro o pensión de invalidez o a sus beneficiarios y a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional obtenida antes del 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.

Por tanto, el porcentaje de la prima de actividad computada, en virtud de los Decretos 1211 y 1212 de 1990, en la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales retirados con anterioridad al 1º de julio de 2007, se les aumenta en un 50%, a partir de la mencionada fecha.

Por su parte, los Decretos 673 de 2008 y 737 de 2009, en sus artículos 31 y 30, en su orden, de manera idéntica establecieron:

La prima de actividad de que trata el artículo 38 del Decreto 1214 de 1990, los artículos 84 del Decreto-ley 1211 de 1990, 68 del Decreto-ley 1212 de 1990, será del cuarenta y nueve punto cinco por ciento (49.5%).

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%).

Se podría concluir que los aludidos decretos mantuvieron el porcentaje de la prima de actividad computada en la liquidación de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales retirados, establecido en el Decreto 2863 de 2007, en un 50%.

De lo expuesto también se puede colegir que el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 se limitó a reiterar que la prima de actividad tan solo constituiría un factor para la liquidación de la asignación de retiro, sin que allí se estableciera una variación porcentual para su inclusión en la prestación a liquidar, razón por la cual puede afirmarse que para tales efectos seguía vigente lo dispuesto en el Decreto 1211 de 1990. De igual manera, con anterioridad a este último a quienes habían obtenido el reconocimiento de la asignación de retiro se debía aplicar la normatividad bajo cuya vigencia bajo cual el respectivo oficial o suboficial había alcanzado el reconocimiento de dicha prestación.

En este punto se hace imperioso traer a colación la sentencia C-434 de 2003 y C-924 de 2005 en las que si bien se analizó la situación de la pensión de invalidez, la situación jurídica allí esbozada se ajusta al presente caso, en razón a que las pretensiones del actor se encuentran encaminadas a obtener la reliquidación de la asignación de retiro de acuerdo con el incremento de la prima de actividad de conformidad con el Decreto 2863 de 2007, entre otros.

Es relevante traerlas a colación a este proceso como quiera que en la sentencia C-434 de 2003 la Corte Constitucional precisó que no se da la vulneración al derecho fundamental de igualdad y que simplemente se esta ante supuestos fácticos ocurridos en tiempos diferentes y sometidos a regímenes jurídicos igualmente distintos, siendo aspecto a resaltar que cada uno de esos supuestos debía regirse por el régimen jurídico vigente y aplicable al tiempo de su ocurrencia. En lo que atañe a la segunda se refiere a los alcances de la Ley 923 de 2004, resaltando de esta que el momento en que ocurren los hechos que dan lugar a la pensión

determina el régimen jurídico aplicable, si se tiene en cuenta que la nueva ley rige hacia el futuro y cubre los hechos a partir de su vigencia, sin que se afecten las situaciones jurídicas consolidadas, por tanto, no puede predicarse la igualdad de condiciones jurídicas de sujetos sometidos a regímenes pensionales distintos.

Sobre el punto de debate, el Consejo de Estado en sentencia del veintisiete (27) de febrero de dos mil veinte (2020) dentro del expediente con radicado 25000-23-25-000-2012-01189-01(1146-16) indicó:

“Al demandante se le aplicó para liquidarle la asignación de retiro el Decreto 3071 de 1968, dado que su derecho pensional se consolidó bajo la vigencia de este (f. 13), por lo que para el cómputo de la prima de actividad, el porcentaje que debía tenerse en cuenta por haber prestado más de 20 años de servicio, era el establecido en el Decreto 2337 de 1971, esto es, el 15%, que fue incrementado a 25% según el artículo 159 del Decreto 1211 de 1990 y luego a 37,5%, conforme al Decreto 2863 de 2007, tal como fue realizado por la entidad accionada, de acuerdo con las pruebas visibles en los folios 110 a 113.

Entonces, no le asiste razón en pedir la aplicación de los Decretos 3071 de 1968, 2337 de 1971, 612 de 1977, 89 de 1984, 95 de 1989, 1211 de 1990, 1515 de 2007, **2863 de 2007**, 673 de 2008, 737 de 2009, 1530 de 2010 y 1050 de 2011, al estimar que la entidad efectuó una indebida liquidación, **en la medida en que, revisada la actuación de esta última, se evidencia que dio cumplimiento a las previsiones que regulan la materia, por cuanto tuvo en cuenta para liquidar la asignación de retiro la norma que estaba en vigor al momento de su retiro, así como las que autorizaron el incremento de la prima de actividad dentro de dicha prestación (Decretos 1211 de 1990 y 2863 de 2007), tal como se indicó en el acápite anterior, lo que además no comporta trasgresión del principio de oscilación, pues este tiene como propósito proteger el poder adquisitivo constante de las asignaciones de retiro**, consistente en su aumento anual en igual porcentaje al de los sueldos en actividad para cada grado, sin que se refiera a las partidas computables ni a su cuantía.

Por otra parte, cabe reiterar que resulta ajustado al ordenamiento jurídico, que los activos y retirados de las fuerzas militares devenguen diferentes porcentajes de la prima de actividad, toda vez que su origen fue exclusivo para los primeros, en tanto que para los segundos se establecieron con posterioridad y con el propósito de no generar inequidad, pero en consideración a las condiciones particulares de cada uno de ellos.

En tales condiciones, tal como se ha anunciado, no le asiste razón al accionante en solicitar la reliquidación de su asignación de retiro con la inclusión de la prima de actividad en los términos indicados en la demanda, por lo que le asiste razón al *a quo* en la decisión adoptada.”

Caso concreto

En el presente caso se tiene que el actor fue retirado del servicio mediante la Resolución 00036 del 18 de enero de 1994 (fl. 31 pdf).

Por medio de la Resolución 1138 del 21 de julio de 1994, se ordenó el reconocimiento y pago de la asignación de retiro, a partir del 01 de mayo de 1994 (fl. 34 pdf).

Al momento de liquidar la asignación de retiro se tuvo en cuenta la prima de actividad en un porcentaje del 25% y para la liquidación de la prestación se aplicó el Decreto 1211 de 1990 en concordancia con el Decreto 65 de 1994 (fl. 34 pdf).

Es reconocido por el demandante y por la accionada que en la actualidad percibe el 37.5 de prima de actividad

Así las cosas, se debe indicar que el régimen jurídico aplicable al señor **Tulio Garnica en su calidad de sargento Primero** ®, era el consagrado al momento en que obtuvo el reconocimiento de su asignación de retiro, esto es, el Decreto 1211 de 1990 que estableció la prima de actividad en un 25%, siendo computado tal porcentaje dentro de la liquidación de la asignación de retiro.

En consecuencia, al aplicar el 50% que establece el artículo 2 del Decreto 2863 de 2007, al citado 25%, porcentaje reconocido al actor de acuerdo a la norma aplicable al momento de la liquidación de su asignación de retiro (artículo 159 decreto 1211 de 1990) arroja 12.5%, el cual al ser sumado al 25%, reconocido en la asignación de retiro, da un total de 37.5%, porcentaje que en efecto reconoció la accionada.

Así las cosas, no encuentran derruidos los argumentos y fundamentos legales que sustentan el acto acusado, por lo que este debe seguir incólume en su presunción de legalidad, razón por la que se nega las pretensiones de la demanda.

Costas: de conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el numeral 8º del artículo 365 del Código General del Proceso, no hay lugar a la condena en costas, porque no se demostró su causación.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Veinticinco (25) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C. - Sección Segunda**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO. Sin condena en costas.

TERCERO.- En firme esta sentencia, liquídense los gastos procesales, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si los hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

CUARTO.- La presente providencia se notifica a las partes, de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), en concordancia con el artículo 291 del Código General del Proceso (CGP).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

ANTONIO JOSÉ REYES MEDINA
Juez

MAS

Firmado Por:

ANTONIO JOSE REYES MEDINA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 025 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-
CUNDINAMARCA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
d4cdfbe6614aeadce0dfaa90a8b132737e70d6ae11c6b059d89f03c09438eac6
Documento generado en 07/06/2021 09:18:50 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>